



(FLZ
Z48n)
5401
655.80

ZEITSCHRIFT
DER SAVIGNY-STIFTUNG
FÜR
RECHTSGESCHICHTE

HERAUSGEGEBEN

VON

E. I. BEKKER, A. PERNICE, R. SCHRÖDER,
H. BRUNNER.

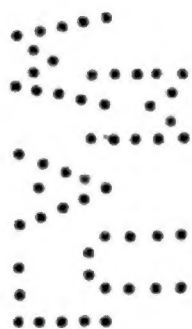
ZEHNTER BAND

XXIII. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

66484

ROMANISTISCHE ABTHEILUNG.

WEIMAR
HERMANN BÖHLAU
1889.



WEIMAR. — HOF-BUCHDRUCKEREI.

Inhalt des X. Bandes

Romanistische Abtheilung.

	Seite
Altmann, Friedrich, Ueber einen Ordo iudicarius vom Jahre 1204	44
Eisele, Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen.	
Erster Beitrag	296
Goldschmidt, L., Inhaber-, Order- und executorische Urkunden im classischen Alterthum	352
Heck, Die fiducia cum amico contracta, ein Pfandgeschäft mit Salmann	82
Lenel, O., Das erzwungene Testament	71
Mommsen, Th., Die Benennungen der Constitutionensammlungen	345
Ruhstrat, E., Ueber die Römischen Handlungsbevollmächtigten	323
Seek, Otto, Die Zeitfolge der Gesetze Constantins I. u. II. Abth.	1. 177
Zachariä von Lingenthal, E., Aus und zu den Quellen des römischen Rechts XIII—XXVIII	252

Miscellen:

Fitting, Eine bisher unbekannte Handschrift des Justinia- nischen Codex	139
Conrat (Cohn), M., Eine unbekannte Constitution über die dos	140
Derselbe, Zur Litteratur des römischen Rechts im Zeitalter Justinians	141
Derselbe, Kanonensammlungen mit römischem Recht aus dem früheren Mittelalter	143
Derselbe, Hinweis auf einen Palimpsest	144
Schiffner, Fund in der Innsbrucker Universitätsbibliothek	144
Landsberg, Ernst, Das Madrider Manuscript von Azos Quaestiones	145

Litteratur:

Kaufmann, G., Die Geschichte der deutschen Universitäten. I. Band	147
Besprochen von Ernst Landsberg.	
Jörs, P., Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik. I. Theil	160
Besprochen von M. Rümelin.	
Mai, L., Der Gegensatz und die Controversen der Sabinianer und Proculianer etc.	165
Besprochen von Th. Kipp.	
Bechmann, Aug., Studie im Gebiete der legis actio sacra- menti in rem	167
Besprochen von Hugo Krüger.	
Schott, Herm., Das ius prohibendi und die formula prohi- bitoria.	173
Besprochen von A. von Tuhr.	
Girard, P. F., les actions noxales	397
Besprochen von Th. Kipp.	
Bertolini, C., la ratifica degli atti giuridici nel diritto pri- vato romano. Vol. I.	404
Besprochen von A. von Tuhr.	

Berichtigung: S. 52 Z. 1 lies VI statt IV.

I.

Die Zeitfolge der Gesetze Constantins.

Von

Herrn Professor **Otto Seeck**

in Greifswald.

Erste Abtheilung.

Die Erhebung des Christenthums zur Staatsreligion bedeutet nicht nur auf dem religiösen Gebiet eine tiefe und durchgreifende Revolution; die Zeit, welche die Kühnheit hatte, mit den Jahrtausende alten Göttern ihrer Väter zu brechen, und der Kaiser, in dem sie ihr Werkzeug und ihren Ausdruck fand, standen auch jeder anderen Ueberlieferung der Vorzeit mit pietätloser Kritik gegenüber. Am deutlichsten zeigt sich dies in der Richtung, welche die Entwicklung des römischen Rechtes seit Constantin dem Grossen einschlägt. Mehr als siebenhundert Jahre lang hatten die Gesetzgeber am Althergebrachten nur da gerührt, wo es die Bedürfnisse der Zeit gebieterisch erheischten; langsam und zaudernd hatten sie das Recht fortgebildet, und selbst wo sie änderten, doch fast immer den neuen Wein in die alten Schläuche zu fassen gesucht. In den ersten drei Jahrhunderten der Kaiserzeit waren die hauptsächlichsten Rechtsquellen das Rescript und die Gutachten der Gelehrten gewesen, beides Interpretationen des geltenden Rechtes von Fall zu Fall, mit denen nur ausnahmsweise eine schonende Erweiterung desselben verbunden war; die eigentliche Gesetzgebung hatte daneben fast ganz geruht. Seit dem Jahre 312 finden wir sie plötzlich wieder in fieberhafter Thätigkeit. Von Monat zu Monat, ja mitunter selbst

von Woche zu Woche folgen sich die kaiserlichen Erlasse, einer immer einschneidender als der andere. Jeder Herrscher experimentirt mit Recht und Verfassung, als wenn er ein Romulus wäre, der das römische Reich aus dem Nichts neu zu gründen hätte. Man stösst um, baut auf und stösst wieder um, wie blasse Theorie, flüchtiger Einfall oder noch flüchtigere Erfahrung dies jedem eingeben. Die Tendenz der Gesetzgebung ändert sich nicht nur mit jedem Thronwechsel, sondern auch mit jedem Wechsel der leitenden Einflüsse, die innerhalb der einzelnen Regierungen um die Herrschaft ringen.

Bei diesem schnellen Flusse der Rechtsentwicklung ist für das historische und juristische Verständniss der Gesetze ihre Chronologie von grösserer Wichtigkeit als in jeder anderen Epoche. Um so mehr ist es zu bedauern, dass in der Sammlung des Theodosius, die für diese Zeit unsere wichtigste Quelle bildet, die Datirungen in so heilloser Weise zerrüttet sind. Soweit der Codex Justinianus aus dem Gregorianus und Hermogenianus geschöpft ist, lässt sich, wie Mommsen gezeigt hat¹⁾, die chronologische Ordnung der Gesetze ohne sehr tief einschneidende Conjecturalkritik in befriedigender Weise herstellen; im Codex Theodosianus und in den Theilen des Justinianus, welche auf ihm beruhen, wäre dies mit so einfachen Mitteln nicht möglich. Wie gross hier die Verwirrung ist, mag ein Beispiel zeigen, das ich aus vielen anderen aufs Gerathewohl herausgreife. In dem chronologisch geordneten Verzeichniss der Gesetze bei Hänel, Corpus legum S. 28 finden sich unter dem Jahre 315 folgende Aufenthaltsorte Constantins mit folgenden Daten verbunden:

8 März	Thessalonica
21 März	Antiochia
21 März	Cabillunum (Chalon)
13 Mai	Naissus (Nisch in Serbien)
1 Juni	Treviri
2 Juni	Sirmium (Mitrovitza in Ungarn)

¹⁾ Ueber die Zeitfolge der Verordnungen Diocletians und seiner Mitregenten. Abh. der Berl. Akad. 1860, S. 349 ff. Vgl. auch Seeck, Die Haloanderschen Subscriptionen und die Chronologie des Jahres 238 n. Chr., Rhein. Mus. f. Philol. XLI S. 161 ff.

17 Juni	Constantinopolis
18 Juli	Aquileia
3 August	Treviri
25 August	Roma
13 September	Roma
18 September	Naissus
18 October	Mursella (südlich Raab)
19 October	Mediolanium.
1 November	Treviri
12 November	Sirmium.

Sich in diesem Chaos zurechtzufinden, scheint auf den ersten Blick eine verzweifelte Aufgabe, und mehrmals ist auch mir die Kraft daran erlahmt. Doch so oft ich sie schon entmuthigt bei Seite geschoben habe, immer sah ich mich aufs neue dazu hingedrängt. Denn wer sich ernsthaft mit der Geschichte des vierten Jahrhunderts beschäftigt, der kann der Nothwendigkeit gar nicht aus dem Wege gehen, sich mit den Daten des Codex Theodosianus wohl oder übel auseinanderzusetzen, und bei näherer und wiederholter Prüfung erwies sich ein Erfolg doch als nicht ganz hoffnungslos. So lege ich denn hier den Versuch vor, den ich einstweilen an einem kleinen Theil der Sammlung gemacht habe. Wieviel Zweifel er im einzelnen übrig lässt, ist keinem klarer bewusst als mir; doch führt er auch nicht überall bis an das Ziel, so wird er doch hoffentlich geeignet sein, den Weg zu weisen, auf welchem hier die Kritik vorschreiten muss. Neu ist derselbe freilich nicht: schon Gothofredus ist ihn gegangen, wenngleich etwas zu scheu und zaghaft; doch seit Hänel die Bahnen seinen grossen Vorgängers in unbegreiflicher Verblendung verlassen hat, hat sie keiner wieder betreten. Den Commentar des Gothofredus kennt jeder, der sich mit dem Codex Theodosianus beschäftigt hat; dass ich ihn fortwährend benutzt habe und ihm vielleicht das Beste verdanke, was meine Arbeit zu bieten vermag, versteht sich für den Kundigen von selbst. Wenn ich ihn fast nie citire, sondern mir seine Resultate stillschweigend zu eigen mache, so geschieht dies nur, weil ich ihn sonst auf jeder Seite citiren müsste.

Die Erklärung der mannigfachen Verderbnisse in den Subscriptionen und Inscriptionen, die Umgrenzung der Fehler-

weite, mit der wir zu rechnen haben, lässt sich nur gewinnen, indem wir über den Codex Theodosianus hinaus auf seine Quellen zurückgreifen. Eine directe Ueberlieferung über dieselben besitzen wir nicht, doch gewähren uns die *Proposita* und *Accepta* der Unterschriften darüber manchen wichtigen Aufschluss. Die Orte, welche sie nennen, habe ich im Folgenden nach Diöcesen zusammengestellt. Die Zahl der *Accepta* und *Proposita*, welche ich jedem hinzugefügt habe, beruht auf einer Zählung, die sehr flüchtig und unzuverlässig ist, aber auch gar nicht anders sein konnte. Denn bekanntlich haben die Compiler des Codex sehr häufig ein Datum gesetzt, wo in ihren Quellen zweifellos ein *Acceptum* oder *Propositum* gestanden haben muss. Wo ich einen derartigen Fall mit Sicherheit constatiren konnte, habe ich die betreffende Stadt natürlich in das Verzeichniss mit aufgenommen; doch um alle Fehler dieser Art zu bessern, hätte ich den ganzen Codex Theodosianus in der Weise untersuchen müssen, wie ich es bis jetzt nur mit den Gesetzen Constantins gethan habe. Trotz dieser Unvollständigkeit wird die Liste für den flüchtigen Ueberblick, der unseren Zwecken genügt, ausreichen.

Dioecesis Britanniarum: Nichts.

„ *Galliarum* im ganzen 5:

Treviri 4

Belovaci 1.

„ *Septem provinciarum* im ganzen 1:

Arelate 1.

„ *Hispaniarum* im ganzen 3:

Castulo 1

Corduba 1

Hispalis 1.

„ *Italiae* im ganzen 4:

Mediolanium 2

Verona 1

Aquileia 1.

„ *Urbis Romae* im ganzen 84:

Florentia 1

Spoletium 1

Roma 70

Venafrum 1

- Capua 2
- Salernum 1
- Regium 4
- Syracusae 1
- Caralis 3.
- Dioecesis Africae im ganzen 49:
 - Karthago 37
 - Hadrumetum 6
 - Tacapae 1
 - Constantina 3
 - Thamugadi 1
 - Theveste 1.
- „ Pannoniarum im ganzen 5:
 - Sirmium 4
 - Savaria 1.
- „ Illyrici im ganzen 3:
 - Serdica 1
 - Corinthus 2.
- „ Thraciarum im ganzen 13:
 - Constantinopolis 12
 - Marcianopolis 1.
- „ Asiana im ganzen 5:
 - Chalcedon 1
 - Nicomedia 2
 - Cyzicus 2.
- „ Pontica: Nichts.
- „ Orientis im ganzen 28:
 - Antiochia 5
 - Hierapolis 1
 - Heliopolis 2
 - Damascus 1
 - Berytus 14
 - Tyrus 4
 - Caesarea 1.
- „ Aegypti im ganzen 2:
 - Alexandria 2.

Mit Erstaunen wird man bemerken, dass von denjenigen Städten, in welchen die Herrscher in den letzten Jahrzehnten vor der Vollendung des Codex ihren ständigen Wohnsitz

hatten, Constantinopel und Mailand relativ spärlich, Ravenna gar nicht vertreten ist. Dass wenn nicht alle, so doch die meisten kaiserlichen Erlasse zuerst in der Residenz publicirt wurden, versteht sich von selbst; zum Ueberfluss beweisen es die Rescripte Diocletians und seiner Mitregenten, bei denen der Ort des Propositum immer mit dem derzeitigen Aufenthaltsorte des betreffenden Kaisers identisch ist. Es bleibt also kaum eine andere Erklärung übrig, als dass unter den Exemplaren der kaiserlichen Briefe, welche in den Hofarchiven niedergelegt wurden, nur der Tag der Vollziehung vermerkt war, nicht derjenige, an welchem das Schriftstück in die Hände des Adressaten gelangte oder öffentlich angeschlagen wurde. Daraus wird man schliessen müssen, dass alle Gesetze, welche ein Acceptum oder Propositum tragen, nicht den kaiserlichen Centralarchiven entnommen sind, und wahrscheinlich nicht diese allein. Denn wenn mehrere Fragmente desselben Gesetzes über den Codex zerstreut sind, so findet sich in der Regel bei den meisten das Datum, nur bei einzelnen das Propositum. Die Compileren haben jenes eben mit Recht als das wesentlichere betrachtet und dieses daher oft weggelassen, auch wo sie es in ihren Quellen fanden.

Dass die Provincialarchive, soweit sie aus den Händen der Barbaren und den Flammen der verwüsteten Städte gerettet waren, im weitesten Umfange für den Codex Theodosianus ausgebeutet sind, zeigt auch die geographische Vertheilung der Proposita. Ihre Zahl mehrt sich nämlich genau in dem Verhältniss, wie die einzelnen Diöcesen bis zum Jahre 429, wo die Arbeit am Codex begann, von den Barbaren verschont geblieben waren. Eine Ausnahme macht nur Aegypten; doch hier mögen die zahlreichen Volksaufstände in Alexandria mit den sie begleitenden Bränden mehr zerstört haben als Gothen und Hunnen in den andern Diöcesen. Brittannien war längst vom Reiche abgerissen, Pontus seit dem Jahre 395 von den Hunnen verheert; von hier fehlen daher die Proposita ganz. In Gallien und Spanien waren nur vereinzelte Reste der Provinzen in den Händen der Römer geblieben: sie zeigen beide zusammen nur 9 Proposita und zwar stammen davon die spanischen nicht etwa aus dem grossen Tarraco, sondern alle aus dem äussersten Süden der

Diöcese, wohin die Germanen zuletzt gelangt waren. In den Donauprovinzen hatten die Gothen, Hunnen, Alanen, Sarmaten seit 376 gehaust, 395 hatte Alarich Griechenland durchzogen, wenig später Tribigild die Städte Asiens verwüstet: aus diesem ganzen Gebiet sind daher nur Constantinopel und seine nächsten Nachbarstädte etwas reichlicher vertreten; sehen wir von diesen ab, so bleiben uns nur 9 *Proposita* übrig. Der Orient war zwar auch von Isaurern, Hunnen und Arabern oft genug heimgesucht worden, doch war sein Schicksal noch immer ein verhältnissmässig günstiges gewesen: er zeigt uns daher auch die ansehnliche Zahl von 28 *Proposita*, die meisten davon (17) aus dem kleinen Phönicien, das durch Meer und Gebirge am besten gedeckt war. Wenn hier nicht die Provincialhauptstadt Tyrus, sondern Berytus mit 14 die erste Stelle einnimmt, so hat dies wohl seinen Grund in der berühmten Rechtsschule, deren Sammlungen der Kaiser Theodosius für seinen Zweck verwendet haben wird. In Italien steht Rom natürlich an erster Stelle: es war nicht niedergebrannt, sondern nur geplündert worden, und mit den Papieren der Archive hatten sich die Krieger des Alarich nicht beladen. Im übrigen wächst die Zahl der italischen *Proposita* je weiter man von Norden nach Süden fortschreitet, d. h. je weiter man sich vom Ausgangspunkte der Barbareneinfälle entfernt. Im Verhältniss zu seiner Bedeutung ist Afrika am allerreichlichsten vertreten: es hatte eben nur von den flüchtigen Plünderungszügen der Mauren zu leiden gehabt, welche in die Städte nur selten einzudringen vermochten. Als die Vorarbeiten zum Codex Theodosianus begannen, war Geiserich zwar eben in die Diöcese eingerückt, doch von den festen Plätzen waren nur sehr wenige in seine Hand gefallen.

Wendet man sich von den *Proposita* den Adressaten zu, so wird man ihre geographische Vertheilung ganz entsprechend finden. In dem Titel *de officio proconsulis* (I 12) sind 6 Fragmente an den Proconsul von Afrika, nur 1 an den von Asien, keines an den von Achaia gerichtet; *de officio vicarii* (I 15) beziehen sich 8 Gesetze auf Afrika, nur je eines auf Gallien, Spanien, Italien, Asien und Pontus; der Titel über den Comes Orientis enthält nur ein Gesetz, der über den Präfecten von Aegypten nur 2. An die Stadtpräfecten von Rom sind

viele Hunderte von Gesetzen gerichtet, an die der zweiten Hauptstadt nur eine verschwindende Zahl. Kurz wo die Fragmente des Codex in Propositum, Adressat oder Inhalt locale Beziehungen verrathen, da weisen diese in den meisten Fällen auf die Stadt Rom, in den nächstmeisten auf Karthago oder doch auf Afrika hin; alle übrigen Provinzen und Städte, Constantinopel selbst nicht ausgenommen, treten daneben ganz in den Hintergrund. Bei einer Sammlung, die im Orient entstanden ist, lässt sich hierfür keine andere Erklärung finden, als dass Kaiser Theodosius sich sein Material aus den Provinzen des ganzen Reiches zusammenholte und natürlich aus denjenigen die reichste Ausbeute davontrug, welche am wenigsten durch die Barbaren gelitten hatten.

Neuerdings hat Bresslau ¹⁾ die Hypothese aufgestellt, dass man alle Erlasse, welche von den kaiserlichen Kanzleien ausgingen, vorher in Copialbücher eingetragen habe und diese die Hauptquelle unserer Gesetzsammlungen gebildet hätten. Um das zu beweisen, stützt er sich namentlich auf den mehrfach wiederkehrenden Schlussvermerk, dass die betreffenden Gesetze auch an andere Adressen als diejenigen, welche die Ueberschrift nennt, *codem exemplo* versandt worden seien. In päpstlichen Briefen sind derartige Notizen niemals den ausgefertigten Originalen hinzugefügt: „wo in diesen der Adressat von der Absendung gleichlautender Schreiben an andere Empfänger verständigt werden sollte, geschah das immer durch einen eigenen Satz im Context der Briefe.“ Aehnliches ist auch in der kaiserlichen Kanzlei üblich gewesen ²⁾; der Schluss ist also nicht abzuweisen, dass Gesetze, welche solche Vermerke tragen, nicht den Provincialarchiven entnommen sein können. Ihnen kann man auch diejenigen hinzufügen, deren Ueberschrift eine Mehrzahl von Adressaten nennt, so weit diese

¹⁾ Im sechsten Bande dieser Zeitschrift: Die Commentarii der römischen Kaiser und die Registerbücher der Päpste. — ²⁾ VI, 35, 5 *de qua re ad praefectos praetorio et ad praefectum urbis scripta direximus*. CIL. V, 2781 [*de expositis*] *itaque omnibus tam ad praefectos nostros quam etiam [ad] praesides et ratio[n]ales et] magistrum privatae scripta direximus*. Euseb. h. eccl. X, 6: *ἔδωκα γράμματα πρὸς Οὐρσον τὸν διασημώτατον καθολικὸν τῆς Ἀφρικῆς καὶ ἐδήλωσα αὐτῷ* etc. Aehnliche Beispiele lassen sich viele sammeln.

nicht eine einheitliche Körperschaft bilden oder doch, wie die *provinciales*, als solche gedacht werden können: z. B. VI 23, 1 *Urso praefecto urbi et Aureliano praefecto praetorio Orientis et Strategio praefecto praetorio Illyrici*, XI 6, 1 *ad proconsules vicarios omnesque rectores*, VIII 1, 12 *omnibus rectoribus provinciarum*. Denn diejenigen Exemplare, welche dem einzelnen Beamten zugestellt und in seinem Archiv niedergelegt wurden, konnten in der Ueberschrift natürlich auch nur seinen Namen nennen; solche zusammenfassende Adressen sind nur an der Stelle denkbar, von welcher die Versendung der Erlasse an ihre verschiedenen Bestimmungsorte ausging. Als Bestätigung kommt hinzu, dass von denjenigen Fragmenten, bei welchen sich die angegebenen Kennzeichen finden, kein einziges ein *Acceptum* oder *Propositum* trägt. Dass diese auf das Hofarchiv zurückgehen, muss also zugegeben werden, doch kann ich nicht absehen, warum sie gerade aus Copialbüchern und nicht aus den zurückbehaltenen Concepten geschöpft sein sollen. Bresslau schreibt darüber: „Auf Concepten kaiserlicher Erlasse konnte nicht gestanden haben, dass gleichlautend an andere Beamte als den in der Adresse genannten geschrieben worden sei (*scriptum est, ἐγράφη*), sondern da doch ganz bestimmt für solche Erlasse nur je ein Concept angefertigt wurde, konnte auf demselben nur vermerkt werden, dass gleichlautend geschrieben werden sollte. Da nun die Vermerke niemals *scribendum est* oder *scribatur* (oder entsprechend griechisch) lauten, so ist der Gedanke, dass die Redactoren unserer Sammlungen aus aufbewahrten Concepten geschöpft hätten, völlig ausgeschlossen.“ Dass dieser Schluss nicht bündig ist, wird folgendes Beispiel zeigen. Am Ende einer römischen Schenkungsurkunde aus dem Jahre 252 heisst es: *Statia Irene ius liberorum habens donationi monumenti supra scripti, sicut supra scriptum est, consensi subscripsi et atsignavi*. Dazu bemerkt Bruns¹⁾: „Das *atsignavi* kann nur von einem Zusiegeln der Originalurkunde, die gewiss ein Triptychon war, verstanden werden. Dass es vor dem wirklichen Siegeln geschrieben ist, steht hier so wenig

¹⁾ Die Unterschriften in den römischen Rechtsurkunden. Abh. d. Berl. Akad. 1876, S. 109.

wie bei den Testamenten entgegen.“ Hier wird also eine Handlung im Innern einer Urkunde als geschehen gesetzt, die erst nach dem Verschluss derselben auf ihrer Aussenseite vollzogen werden sollte. Das *adsignavi* statt *adsignatura sum* enthält genau die gleiche Prolepsis, welche Bresslau in den Kaisergesetzen für unmöglich erklärt.

Einen zweiten Beweis für seine Annahme findet er in der Jahresbezeichnung *consulibus suprascriptis* oder *iisdem consulibus*, welche vereinzelt in unseren Rechtsbüchern vorkommt. Die Sammler derselben befolgten jedenfalls das Princip, auch wo mehrere Gesetze desselben Jahres einander folgten, doch bei jedem die Consulnamen zu wiederholen. Die Abweichungen erklärt Bresslau mit Recht daraus, dass in einzelnen Fällen aus Versehen die verkürzte Form der Vorlage beibehalten wurde. Hieraus wird dann weiter geschlossen, „dass nicht Einzelabschriften diese Vorlage gebildet haben, da ja solche unmöglich einen Verweis auf andere „oben geschriebene“ Namen enthalten haben können, sondern dass wir Bücher als die Quelle unserer Sammlungen zu betrachten haben.“

Ob das richtig ist, wird die Betrachtung der einzelnen von Bresslau angeführten Fälle lehren. Cod. Theod. VI, 29, 3 und 4 folgen zwei Fragmente desselben Gesetzes aufeinander und bei dem zweiten findet sich die Unterschrift: *proposita eodem die iisdem consulibus*; das erste trägt die volle Tages- und Jahresbezeichnung. Hier ist es, wie mir scheint, ganz klar, dass die Vorlage, auf welche jene verkürzte Datierung zurückgeht, gar keine andere sein kann, als die Excerpte der Compiler. An eine Sammlung in Buchform könnte man doch nur denken, wenn jenes *eodem* und *iisdem* auf ein Gesetz zurückwiese, mit welchem das betreffende Fragment in keinem Zusammenhang stünde. — Bei den Nov. Theod. X 2 ist die Ueberlieferung zweifelhaft; zwei Handschriften nennen den Consulnamen, eine setzt dafür: *cons. suprascript.* Es ist also sehr wohl möglich, dass dies nicht aus dem Original geschöpft ist, sondern nur ein späterer Abschreiber es sich bequem gemacht hat. Somit bleibt nur eine Stelle des Codex Gregorianus (III 2,2) übrig, deren Beweiskraft wir nicht bestreiten; doch diese gehört der Zeit des Philippus an, kommt also für uns nicht in Betracht.

Denn dass sämtliche kaiserlichen Erlasse in sogenannten *Commentarii*, welche höchst wahrscheinlich Buchform hatten, zusammengestellt wurden, ist bis auf die Zeit der Antonine herab zweifellos nachgewiesen, und gewiss wird man einen so praktischen und wohlbewährten Kanzleigebrauch nicht aufgegeben haben, so lange die Verhältnisse seine Anwendung gestatteten. Doch Tausende dicker Urkundenbände im Archiv anzusammeln, war nur thunlich, als dieses auf dem palatinischen Berge eine feste Stätte besass. Seit Diocletian an die Stelle der Hofburg (*palatium*) das ewig wandernde Hoflager (*comitatus*) gesetzt hatte, hörte die Möglichkeit einer geordneten Archivverwaltung auf. Eine Sammlung von Gesetzen und Rescripten mussten die Kaiser freilich mit sich führen, schon weil die Ausübung der höchsten Appellationsgerichtsbarkeit ohne ein solches Hilfsmittel nicht denkbar ist; doch wird man sich gewiss auf das Nothwendigste beschränkt haben. Die Eintragung aller neu erscheinenden Erlasse in Registerbände wäre also höchst unpraktisch gewesen, weil man die ganze Masse auf die Dauer doch nicht mitschleppen konnte und eine Auswahl sich aus vereinzelter Papiere viel leichter anstellen liess. Bis auf Arcadius und Honorius herab hat kein Kaiser eine längere Reihe von Jahren in derselben Stadt gehaust; wahrscheinlich ist bei jedem Umzuge ein Theil der angesammelten Schriftstücke zurückgelassen oder verzettelt worden, so dass die kaiserliche Urkundensammlung im Laufe der Zeit eher zusammenschmolz als sich vermehrte. Nur so lässt es sich erklären, dass für den Codex Theodosianus die Provincialarchive bis in den fernsten Westen hin ausgebeutet werden mussten; hätte man in beiden Residenzen oder auch nur in einer davon eine leidlich vollständige Sammlung von Copialbüchern besessen, so wäre ein so weitläufiges Verfahren ganz überflüssig gewesen.

Als der eine Kaiser in Constantinopel, der andere erst in Mailand, dann in Ravenna seinen ständigen Wohnsitz aufgeschlagen hatte, wurde wenigstens die Anlage eines Archivs möglich: doch dass man auch sogleich die längst vergessene Sitte der *Commentarii* wieder erweckt habe, ist durch nichts beglaubigt und an sich sehr wenig wahrscheinlich. Man beachte nur, wie äusserst spärlich im Codex Justinianus die

Stücke sind, welche nicht den bekannten Gesetzsammlungen entlehnt sein können. Wenn seine Compileren in den Archiven von Constantinopel Registerbände gefunden hätten, so müssten die unmittelbaren Vorgänger Justinians doch sehr viel reicher vertreten sein, als diejenigen Kaiser, deren Gesetze ihm nur durch den Gregorianus, Hermogenianus und Theodosianus überliefert waren.

Doch wenn die Sammlungen der Hofarchive auch zu allen Zeiten sehr ungleichmässig geführt worden sind, so macht sich doch der Einfluss der festen Residenz schon im Codex Theodosianus geltend. Zweierlei ist in dieser Beziehung zu beachten. Erstens dass die Proposita immer seltener werden, je weiter wir in der Zeit herabgehen; zweitens dass sich in gleichem Verhältniss die Zahl der Gesetze mehrt, welche nach den oben dargelegten Kennzeichen nur dem Hofarchiv entnommen sein können. Es sind dies die folgenden:

Aus dem Jahre 315 X, 18, 1.

„	„	„	326 s. die Tabelle unter dem 24. Nov. 326.
„	„	„	352 XV, 14, 5.
„	„	„	353 XVI, 2, 10.
„	„	„	370 XII, 1, 71.
„	„	„	371 VIII, 7, 11.
„	„	„	382 VIII, 1, 12; XI, 6, 1.
„	„	„	386 I, 15, 12; XII, 1, 113.
„	„	„	391 XVI, 10, 11.
„	„	„	393 I, 21, 1 + VII, 4, 18 + 9, 3.
„	„	„	395 VIII, 8, 6.
„	„	„	397 VI, 2, 12 + 13 + 4, 31 + XII, 6, 24 + XIII, 5, 27 + 9, 5 + XIV, 15, 3
„	„	„	398 I, 12, 6.
„	„	„	399 XVI, 10, 15.
„	„	„	408 XVI, 5, 42.
„	„	„	414 XI, 28, 9.
„	„	„	415 I, 8, 1; VI, 23, 1.
„	„	„	416 IV, 4, 5; VI, 26, 17; 30, 21.
„	„	„	421 C. J. XII, 46, 4.
„	„	„	427 C. J. I, 50, 2.
„	„	„	435 VI, 28, 8.
„	„	„	436 VIII, 4, 30 + XII, 1, 187.

Also aus den 59 Jahren vom Regierungsantritt Theodosius des Grossen bis auf den Abschluss des Codex sind 21 derartige Gesetze erhalten, aus den 67 vorhergehenden nur 6. Danach sind Provincial- und Hofarchive zwar in allen Theilen der Sammlung benutzt worden, doch von den älteren Gesetzen müssen jene, von den jüngeren diese die Hauptmasse hergegeben haben.

Schon Gothofredus hat die Beobachtung gemacht, dass der Ort des Propositum immer im Amtsbezirke desjenigen Magistrates liegen muss, welchen die Adresse nennt. Findet sich z. B. X, 1, 2 die Ueberschrift: *ad Severum rationalem Africae* mit einem *proposita Romae in foro Traiani* verbunden, so erklärt er eins von beiden für falsch. An sich ist dies keineswegs nothwendig; prüft man den Inhalt des angeführten Erlasses, so wird man sich überzeugen, dass er gewiss nicht nur in Afrika, sondern im ganzen Reichstheil Constantins, und folglich auch in Rom, veröffentlicht worden ist. Wenn Gothofreds Annahme sich trotzdem durch vielfache Proben als richtig erweist, so beruht dies ausschliesslich auf der archivalischen Ueberlieferung. Mag ein Gesetz auch an alle Beamte des Reiches versandt sein, dasjenige Exemplar, welches mit *proposita Romae* bezeichnet war, konnte nur aus den römischen Archiven herkommen und musste daher auch eine römische Adresse zeigen. Nennt umgekehrt die Ueberschrift einen afrikanischen Beamten, so muss das Exemplar des Gesetzes, welches die Compileren des Codex benutzten, entweder dem Hofarchiv oder einem der afrikanischen entnommen sein. Im ersteren Falle wird das Propositum ganz fehlen, im zweiten kann es zwar auch weggelassen sein, doch falls es vollständig erhalten ist, so wird es Karthago oder Hadrumetum oder irgend eine andere Stadt Afrikas nennen.

Für das Hofarchiv haben wir die Führung von Copialbüchern leugnen müssen; doch der Grund, welcher zum Aufgeben dieser alten und trefflichen Kanzleigewohnheit führte, machte sich nicht in den Provinzen geltend. Der Kaiser zog immerfort im Reiche umher; der Proconsul von Afrika bereiste zwar auch von Zeit zu Zeit seinen Verwaltungsbezirk, doch seine ständige Residenz blieb zu allen Zeiten Karthago. Wo also in den Provincialarchiven von Alters her die Sitte be-

stand, alle ein- und ausgehenden Schriften in Registerbände einzutragen, da kann sie sich sehr wohl auch im vierten und fünften Jahrhundert erhalten haben. Zwar ist die Unordnung, welche damals in allen Zweigen der Verwaltung eingerissen war, eine so grosse, dass die stetige und gleichmässige Durchführung irgend eines Kanzleibrauches kaum zu erwarten ist; doch weisen allerdings manche Anzeichen darauf hin, dass wenigstens aus einzelnen Jahren und Provinzen den Compilatoren des Codex Registerbände vorgelegen haben. Namentlich möchte ich auf die folgende Erscheinung hinweisen. So lange die Consuln des laufenden Jahres noch nicht verkündigt waren, datirte man bekanntlich *post consulatum* der vorhergehenden. Dies kann am Hofe selbst nur in äusserst seltenen Fällen vorgekommen sein; denn da die Kaiser nach gegenseitiger Uebereinkunft die Consuln ernannten, so müssen sie die Namen derselben fast immer vor dem Beginn ihres Eponymenjahres gekannt haben. Daraus folgt, dass die Data der Gesetze, soweit sie in ihrer originalen Form erhalten sind, nur in denjenigen Jahren mit Postconsulaten bezeichnet sein können, welche entweder, wie 351 und 375, gar keine legitimen Consuln besaßen oder in denen sich die Designation derselben über den ersten Januar hinaus verzögert hatte. Anders bei den *Proposita* und *Accepta*. In den entfernteren Provinzen, namentlich in Afrika, das zur Zeit der Winterstürme von den übrigen Theilen des Reiches so gut wie abgeschnitten war, werden die Consuln gewiss sehr oft erst einige Zeit nach dem Wiederbeginn der Schifffahrt bekannt geworden sein. Gelangte also eine Verfügung, die im Vorjahre erlassen war, im Januar, Februar oder März in die Hände des Adressaten, so konnte dieser das Jahr des Empfanges häufig nur durch ein Postconsulat ausdrücken. Natürlich geschah dies nur so lange, bis die Namen der Consuln verkündet waren; mithin kann, abgesehen von den oben bezeichneten Ausnahmen, jene Form der Datirung auch in den *Proposita* nur in den ersten Monaten des Jahres angewendet worden sein. Mit diesen selbstverständlichen Regeln stehen die Unterschriften des Codex im Widerspruch; denn erstens zeigen sie Postconsulate unterschiedslos bei *Data* und *Proposita*, zweitens vertheilen sich dieselben über fast alle Monate bis in

den December hinein. Man vergleiche das folgende Verzeichniss:

Januar	Data 387 I, 29, 6; 413 XII, 1, 176; Proposita 366 IV, 12, 6; XI, 1, 13; 392 X 17, 3; 413 XV 7, 13.
Februar	Data 401 XII, 6, 28; 413 II, 19, 6; 429 XI, 1, 34 + 30, 68; XI, 1, 35 + XII 6, 32; Proposita 380 X, 20, 9.
März	Data 380 X, 20, 10; 437 VI, 23, 4. Proposita 366 VIII, 5, 22; 382 XII, 12, 8; 386 I, 9, 2.
April	Data 383 XII, 6, 17; 429 XII, 1, 186; Proposita 382 XI, 16, 13; XII, 1, 88.
Juni	Data 413 VI, 30, 20 + VII, 8, 10 + 18, 16. Proposita 340 XI, 30, 20.
Juli	Data 382 XII, 1, 89; 401 XVI, 2, 36.
August	Data 367 XII, 7, 9; 413 XV 14, 13.
September	Data 340 VI, 4, 5 + 6.
October	Data 358 VIII, 5, 10; 367 XI, 1, 16; 384 VI, 30, 6.
November	Data 410 XI, 28, 5; 411 XV, 1, 48.
December	Data 368 VIII, 5, 29.

Die Data überall in Proposita zu ändern ist, abgesehen von ihrer grossen Zahl, schon deshalb unmöglich, weil sehr viele die richtigen Aufenthaltsorte der betreffenden Kaiser nennen. Diese merkwürdige Anomalie wird sich also kaum auf andere Weise erklären lassen als aus der Einrichtung der Copialbücher. In diesen war oft nur die erste Eintragung jedes Jahres mit den Namen der Consuln bezeichnet; bei allen folgenden stand einfach *conss. s. s. d. h. consulibus supra scriptis*. Missbräuchlich ist diese Formel gewiss auch angewandt worden, wo das erste Datum kein Consulat, sondern ein Postconsulat zeigte, und dieses pflanzte sich so durch die Datirungen des ganzen Jahres bis in die letzten Monate hinein fort. Denn wenn die Compiler ein solches Copialbuch auszogen, so haben sie natürlich bei den einzelnen Excerpten die Jahresbenennung aus der ersten Urkunde jeder Jahresreihe ergänzen müssen.

Auch diejenigen Archive, in welchen die Führung von Registern nicht üblich war, mögen doch ihre Bestände in die Form von Copialbüchern gebracht haben, als sie dieselben dem byzantinischen Hofe auf Befehl des Theodosius übersandten. Denn die Originale der Urkunden werden die meisten gewiss zurückbehalten haben und die Copien, welche für den Zweck der Rechtssammlung gefertigt wurden, liessen sich am bequemsten und handlichsten in Bände oder Rollen zusammenschreiben. Dass in der Formulirung der Ueber- und Unterschriften, in der Vertheilung des Stoffes, kurz in der ganzen Einrichtung ihrer Register keine Kanzlei genau ebenso verfuhr wie die andere, ja dass, wo diese fortlaufend geführt waren, selbst innerhalb der gleichen Provinz zu verschiedenen Zeiten auch verschiedene Behandlung der Formalien beliebt wurde, ist an sich wahrscheinlich und lässt sich in den Unterschriften noch jetzt zum Theil erkennen.

Für jede Provinz traten die Gesetze natürlich erst an dem Tage in Kraft, an welchem sie in ihr publicirt wurden; mithin waren die *Accepta* und *Proposita* für die provincielle Rechtsprechung von viel grösserer Bedeutung, als die *Data*, oder richtiger sie kamen einzig und allein in Betracht. Wo man Register fertigte, wird man sie daher gewiss niemals weggelassen haben, während man mit den *Data* nach Belieben verfuhr. In Berytus hat man diese consequent vernachlässigt; kein einziges Gesetz, welches den Compilatoren von dorthier zugegangen ist, trägt ein echtes Datum¹⁾. In Cagliari scheint zur Zeit Constantins das Gleiche üblich gewesen zu sein²⁾,

¹⁾ Ohne Datum findet sich *pp. Beryti* in 13 Subscriptionen: I, 32, 7; IV, 12, 6; VI, 27, 2; VII, 22, 7; VIII, 5, 41; X, 24, 3; XI, 15, 2; XII, 1, 54; 63; XIII, 1, 9; 9, 1; XV, 12, 1; XVI, 5, 1; *dat. Beryti* steht XI, 1, 19; 2, 4; doch in einem dritten Fragment desselben Gesetzes ist richtig *pp.* geschrieben (XI, 15, 2). *Dat. id. Mai. Tyro metropoli, pp. Beryto* lesen wir VII, 13, 11, aber da zur Zeit jenes Gesetzes kein Kaiser in Phönicien gewesen sein kann, so ist auch hier offenbar nur das *Propositum* der Provinzialhauptstadt neben dem der Rechtsschule angeführt. — ²⁾ Zweimal findet sich aus dieser Zeit *pp. Carali* (I, 16, 2; II, 8, 1), einmal *acc. Carali* (VIII, 5, 1) ohne Datum. Zwei auf Sardinien bezügliche Gesetze (II, 25, 1; IX, 40, 3) tragen zwar Daten, doch da dieselben keinen Ort nennen, können es auch entstellte *Proposita* sein. Die einzige sichere Ausnahme ist XI, 7, 7.

während die späteren Gesetze alle mit Daten versehen sind ¹⁾. Umgekehrt in Reggio: hier findet sich bis zum Jahre 365 entweder die vollständige Unterschrift mit Datum und Acceptum ²⁾ oder das erstere ist allein erhalten ³⁾; später steht nur das letztere ⁴⁾. In Rom und Karthago scheint man sich zu keiner Zeit an eine feste Regel gebunden zu haben. Dieselbe Mannichfaltigkeit, welche wir in dieser Beziehung haben nachweisen können, wird in den Ueberschriften, in der Datirung nach Indictionen oder Consulaten, endlich in der Formulirung der letzteren geherrscht haben, ein Gegenstand, der uns im Folgenden noch viel beschäftigen wird.

So sahen die Quellen des Codex Theodosianus aus: ein buntes Gemisch von Büchern, Rollen und einzelnen Blättern, aus allen Theilen des Reiches zusammengeschleppt, keine der andern an Art und Gestalt vollkommen gleich. Und was sie vereinigen und ordnen sollte, war nicht Wille und Verstand Eines Mannes, sondern die vielköpfige Weisheit einer Beamten-commission, der die allgemeinen Regeln ihres Verfahrens zwar durch eine einheitliche Instruction vorgeschrieben waren, doch ohne dass dadurch die Willkür jedes Mitgliedes verhindert wurde, sich in tausend kleinen Einzelheiten zu äussern. Sehen wir nun, wie diese Umstände ihres Entstehens auf die Sammlung einwirken, wie sie namentlich ihre Datirungen beeinflussen mussten.

Bei der Ausbeutung so zahlreicher Archive sind natürlich viele Gesetze in mehr als einem Exemplar in die Hände der Compileren gelangt. Hieraus erklärt sich der mehrfach wiederkehrende Fehler, dass derselbe Erlass zwei- und dreimal im Codex wiederholt wird. Noch häufiger ist Folgendes vorgekommen. Ein Gesetz war an mehrere Beamte versandt

¹⁾ VIII, 5, 16; IX, 1, 12; 27, 3; X, 19, 6; 9. Von diesen fünf Gesetzen besitzt zwar keins ein Propositum, doch da sie alle auf Sardinien bezüglich sind, werden sie höchst wahrscheinlich dem dortigen Archiv entnommen sein. — ²⁾ VII, 22, 1; IX, 19, 1; XI, 29, 1. — ³⁾ I, 16, 1; VIII, 5, 25; XI, 30, 1; XII, 1, 3; XVI, 2, 2. Dass das Propositum ursprünglich vorhanden war und nur von den Compileren weggelassen ist, steht bei XII 1, 3 durch ein zweites Fragment desselben Gesetzes (IX, 19, 1) vollkommen fest. Bei den anderen Subscriptionen halte ich es hier, wie bei allen aus den Provincialarchiven stammenden Gesetzen, für sehr wahrscheinlich. — ⁴⁾ 384 III, 1, 5; 396 XV, 1, 35.

worden und lag daher in mehreren Provincialarchiven, überall mit anderer Adresse und anderem Acceptum, mitunter wohl auch mit anderem Datum versehen. Die Compileren excerpirt es mehrmals und bereiteten sich, die einzelnen Stücke über die Titel des Rechtsbuches zu vertheilen. Dabei beseitigten sie zwar die offenbaren Dubletten, doch die Fragmente, welche sie aufnahmen, waren zum Theil verschiedenen Exemplaren entlehnt. Das sicherste Beispiel hierfür bietet das Gesetz, welches sich vollständig in den Const. Sirm. 6, in Stücken im C. Th. XVI, 2, 47; 5, 62; 64 findet. Das Sirmondsche Exemplar trägt die Adresse: *Amatio viro illustri praefecto praetorio Galliarum*; von den Fragmenten des Codex sind zwei: *Basso comiti rei privatae*, eins: *ad Faustum praefectum urbi* überschrieben. Die Unterschrift ist dort: *dat. VII id. Jul. Aquileiae, d. n. Theodosio A. XI et Valentiniano cons.* (425), hier XVI, 5, 62: *dat. XVI kal. Aug. Aquileiae*, XVI, 5, 64: *dat. VIII id. Aug. Aquileia*, XVI, 2, 47: *dat. VIII id. Oct. Aquileia*. Das Consulat stimmt bei allen überein. In den beiden letzten Fragmenten muss das Datum identisch sein, da sie denselben Adressaten nennen. Wahrscheinlich war in dem Exemplar, welches die Compileren benutzten, der Name des Monats ausgefallen und ist von ihnen nach Gutdünken ergänzt worden; das Richtige wird *VIII id. Iul.* sein. Danach war die Ausfertigung des Gesetzes, welche an Bassus gerichtet wurde, am 8. Juli vollzogen, die an Amatus am 9., die an Faustus am 17. In die Constitutiones Sirmondi, welche zum grössten Theil in Gallien gesammelt sind, ist das an den gallischen Praefecten versandte Exemplar aufgenommen; den Compileren hat aus dem Ravennatischen Hofarchiv die früheste, dem Comes rei privatae übergebene Ausfertigung, aus dem römischen Stadtarchiv die an den Praefectus Urbi adressirte vorgelegen, und von beiden haben sie sich einzelne Stücke angeeignet. Etwas complicirter liegt die Sache in einem andern Falle. Das berühmte Gesetz IV, 7, 1, durch welches die *manumissio in ecclesia* eingeführt wurde, trägt das Datum des 18. April 321 und die Adresse: *Osio episcopo*. Da dies der Bischof von Cordova war, so dürfte die Urkunde dem dortigen Archiv entlehnt sein, welches wir auch sonst (IX 1, 1) im Codex benutzt finden. Aus demselben Jahre ist

ein zweites Gesetz (II, 8, 1 + C. J. III, 12, 2) an den Vicar Helpidius erhalten, in dem jedes Rechtsgeschäft am Sonntage verboten, aber die Manumission ausdrücklich von dieser Bestimmung ausgenommen wird. Dass dies mit ihrer Vollziehung in der Kirche vor oder nach dem Gottesdienst zusammenhängt, liegt auf der Hand. Die Unterschrift lautet: *pp. V non. Jul. Caralis*; das Original lag also im sardinischen Provincialarchiv. Da Constantin, als er das Gesetz an Hosius gab, sich in Sirmium befand und die Beförderung der kaiserlichen Erlasse nicht mit allzugrosser Eile zu erfolgen pflegte¹⁾, so stimmt das Propositum des 3. Juli in Sardinien sehr gut zu dem Datum des 18. April. Dass der Kaiser in dem Briefe, welchen er an den Geistlichen richtete, von seinen gleichzeitigen Bestimmungen über die Sonntagsfeier geschwiegen habe, ist möglich, aber nicht eben wahrscheinlich; dass dem Vicar über die neuingeführte Art der Freilassung nichts mitgetheilt worden sei, obgleich der ganze Inhalt des ihm übersandten Gesetzes durch sie bestimmt wurde, ist einfach undenkbar. Dazu kommt, dass Sozomenos (1, 9) drei Gesetze Constantins über die *manumissio in ecclesia* kennt, während uns nur zwei (IV, 7, 1; C. J. I, 13, 1) erhalten sind; das dritte ist also zweifellos das an Helpidius gewesen. Die Fragmente an Helpidius und Hosius gehören also zu Erlassen, die wenn auch vielleicht nicht in der Form, so doch im Inhalt identisch waren. Gothofredus hat nur solche Stücke zu vereinigen gewagt, bei denen entweder Unterschrift und Ueberschrift oder doch wenigstens eins von beiden übereinstimmen: wir sehen jetzt, dass dies Erforderniss keineswegs ein nothwendiges ist. Zwar wenn wir das Datum der beiden fraglichen Gesetze in der Tabelle auf denselben Tag verlegt haben und entsprechend in andern ähnlichen Fällen verfahren sind, so mag dies nicht ganz genau richtig sein; die Ausfertigung an Helpidius kann auch einige Tage vor oder nach dem

¹⁾ So ist ein Gesetz am 30. Januar 320 in Serdica gegeben und erst am 13. April in Rom ausgestellt; ein anderes, das am 17. Juni 315 in Aquileia vollzogen wurde, ist am 5. September im Senat verlesen worden; die Erlasse vom 3. und 8. November 313 brauchten mehr als fünf Monate, bis sie von Trier nach Afrika gelangten. Aehnliche Beispiele lassen sich häufen.

18. April vollzogen sein. Doch dieser Zeitunterschied ist jedenfalls so unbedeutend, dass er historisch und juristisch unberücksichtigt bleiben kann. Die Gesetze des vierten Jahrhunderts bilden unter allen Umständen eine ganz beängstigende Masse; aber wenn wir sie in der angegebenen Weise zusammenlegen, so wird es doch vielleicht thunlich sein, die legislative Thätigkeit der Kaiser wenigstens bis in die Grenzen des Möglichen zurückzuführen.

Im Codex Justinianus findet sich mehrmals die Unterschrift: *sine die et consule*; im Theodosianus begegnet sie uns niemals, sondern jedes Fragment, soweit es nicht in den Handschriften verstümmelt ist, trägt seine volle Datirung. Dies ist nicht etwa Zufall, sondern es beruht auf dem innern Unterschiede der beiden Sammlungen. Justinian nahm nichts in die seine auf, als was auch für die Folgezeit seine Rechtskraft bewahren sollte; Theodosius liess den wesentlichen Inhalt aller Kaisergesetze seit Constantin zusammenstellen ohne Rücksicht darauf, ob sie aufgehoben oder noch in Geltung waren; wo die Bestimmungen der verschiedenen Herrscher einander widersprachen, da galt für die Behörden der Grundsatz: *lex posterior derogat priori*. In der Justinianischen Sammlung, wo alles die gleiche Giltigkeit besass, kam auf das Früher oder Später also gar nichts an, in der Theodosianischen alles. Ein zeitloser Erlass war für sie nicht zu brauchen, weil sich das Verhältniss seiner Rechtskraft zu der der übrigen Gesetze nicht bestimmen liess.

Wenn nun aber in den Abschriften, welche die Provincialarchive von dem Bestande ihrer Sammlungen hatten ein-senden müssen, bei einzelnen Gesetzen das Consulat oder auch die ganze Unterschrift vergessen war? Dass Aehnliches oftmals vorgekommen ist, unterliegt keinem Zweifel; gerade aus Afrika, dessen Archive für den Codex Theodosianus so überaus reichlich beige-steuert haben, ist es uns auf das bestimmteste bezeugt. Auf dem Religionsgespräch von Karthago (411), bei dem die Parteien sich um die archivalische Beglaubigung ihrer Beweisschriften sehr viel Mühe gegeben hatten¹⁾, wurde ein Erlass Constantins ohne Unterschrift vor-

¹⁾ Zeitschr. f. Kirchengesch. X, S. 514. 526.

gelegt¹⁾ und ein anderer trug zwar das Tagdatum, aber ohne Consulat. Erst als die Gegenpartei Zweifel an der Echtheit erhob, gelang es, wahrscheinlich durch erneute Nachforschungen in den Archiven, die Lücke auszufüllen²⁾. Von dem einen dieser Schriftstücke ist uns ausdrücklich überliefert, dass es dem proconsularischen Archiv entnommen war, von dem andern ist dies wenigstens sehr wahrscheinlich. Der Richter, welchen Honorius den religiösen Parteien gesetzt hatte, gab bei dieser Gelegenheit die Erklärung ab, es sei gesetzlich bestimmt, dass man einen kaiserlichen Erlass wegen Mangels der Datirung nicht in Zweifel ziehen dürfe³⁾. Wenn diese Frage sogar zum Gegenstande der Gesetzgebung geworden war, so folgt doch daraus, dass Fälle dieser Art nicht eben selten gewesen sein können. Was sollten also die Compileren mit solchen verstümmelten Gesetzesabschriften anfangen? Etwa nach Karthago schicken und in den Archiven nach der verlorenen Unterschrift suchen lassen? Dass sie dies gethan haben, wird kaum jemand annehmen wollen. Oder das Stück aus ihrer Sammlung weglassen? Da es verboten wurde, irgend ein Gesetz eines christlichen Kaisers vor Gericht zu citiren, das nicht im Codex Theodosianus stand²⁾, so hätte dies die ernstesten Bedenken gehabt: man konnte doch nicht um eines Copistenfehlers willen geltendes Recht einfach aus der Welt schaffen. Man hatte also nur die Wahl, ob man die betreffenden Fragmente *sine die et consule* aufnehmen oder ihnen eine fictive Unterschrift anhängen solle. Das erstere wäre vielleicht gewissenhafter gewesen, doch falls die Gesetze mit andern im

¹⁾ A. a. O. S. 534. — ²⁾ A. a. O. S. 522. — ³⁾ August. brev. coll. III, 19, 37: *cognitor etiam interlocutus est, evidentissimis legibus esse definitum, imperialia constituta, etiamsi consules non legerentur, in dubium non vocari.* Vgl. Capit. coll. Karth. III, 528. — ²⁾ De Theod. cod. auct. § 3: *nulli post kal. Ian. concessa licentia ad forum et quotidianas advocaciones ius principale deferre vel litis instrumenta componere nisi ex his videlicet libris, qui in nostri nominis vocabulum transierunt et sacris habentur in scriniis.* Dass dies nicht etwa später beschlossen wurde, sondern schon beim Beginn der Arbeit die Absicht war, ergibt sich aus dem Gesetz, durch welches die Herstellung des Codex anbefohlen wird: I, 1, 5 *omni generalium constitutionum diversitate collecta nullaue extra se, quam iam proferri liceat, praetermissa.*

Widerspruch standen, so öffnete es den Advocatenkniffen Thür und Thor. So entschied man sich für den zweiten Ausweg, der wenigstens den Vorzug besass, alle Controversen über das Prius und Posterius kurzweg abzuschneiden.

Auch dies sei an einigen Beispielen nachgewiesen. Bei zwei Fragmenten, die auch nach Inhalt und Ueberschrift zusammengehören (II, 19, 3; IV, 10, 1), findet sich die Unterschrift: *dat. VII kal. Aug. Coloniae Agrippinae, Pacatiano et Hilariano cons.* (332). Das eine derselben dehnt das Recht zur *actio inofficiosi testamenti* für gewisse Fälle auch auf die Brüder des Erblassers aus. Diese Bestimmung wird schon am 13. April 319 dahin interpretirt, dass nur nichtemancipirte Brüder von väterlicher Seite gemeint seien, nicht auch *fratres uterini* (II 19, 1). Hieraus ergibt sich, dass das fragliche Gesetz mindestens 14 Jahre zu spät datirt ist, und dies bestätigt auch das zweite Fragment. Denn dieses erwähnt der *revocatio liberti ingrati*, welche Constantin selbst am 30. Januar 320 aufgehoben hat ¹⁾, als eines bestehenden Rechtsinstituts. Hierzu kommt dann noch der Ort des Datum: innerhalb des Zeitraums, welchen die Gesetze des Codex umfassen, ist uns nur ein Aufenthalt Constantins in Köln überliefert, und dieser fällt in den Sommer 313. Da das Gesetz nach seinem Inhalt vor 319 gegeben sein muss, so passt dies Jahr sehr gut; auch der Tag passt, insofern er thatsächlich dem Sommer angehört; andere Subscriptionen zeigen uns Constantin sogar in demselben Monat in Köln und in dem folgenden in Trier, also gleichfalls in der Nähe. Mithin sind Tag und Ort richtig, aber das Consulat falsch. Da nun *Constantino A. III et Licinio III cons.* unmöglich mit *Pacatiano et Hilariano cons.* verwechselt sein kann, so muss hier dasselbe eingetreten sein, wie bei einer Urkunde, welche auf dem Religionsgespräch von Karthago aus dem proconsularischen Archiv beigebracht wurde ²⁾. Die Abschrift des Gesetzes, welche für den Codex

¹⁾ Gothofredus hat durch seinen Commentar zu II, 22, 1 gezeigt, dass nach diesem Gesetz der undankbare Freigelassene nicht mehr, wie früher, in die Sklaverei zurückkehrte, sondern nur das Bürgerrecht verlor und Latinus Iunianus wurde. Ueber die Datirung dieses Gesetzes vgl. die Tabelle. — ²⁾ Capit. Coll. Karth. III, 524: *ubi Donatistae volunt esse testatum, in rescripto principis nec diem esse nec*

Theodosianus benutzt ist, besass zwar eine Unterschrift, doch fehlten derselben die Consuln, und diese sind von den Compilatoren nach Gutdünken ergänzt worden. Dabei ist es wohl zu beachten, dass derselbe Fehler bei beiden Fragmenten an weit von einander entlegenen Stellen wiederkehrt. Das allgemeine Gesetz der philologischen Kritik, dass Wiederholungen derselben Anomalie sich gegenseitig stützen und die Conjectur ausschliessen, findet also auf den Codex Theodosianus keine Anwendung.

Vielleicht noch lehrreicher sind die Fragmente VII, 20, 1 und 2. Dieselben lauten: *Imp. Constantinus A. Floriano praesidi. Veteranis, qui ex die V nonarum Iuliarum, cum prima per Thraciam victoria universo orbi illuxit, et qui postea apud Nicomediam nostram missionem meruerunt, certa per edictum indulsumus. — Edictum autem continens indulgentiam nostram ad devotionem tuam misimus, ut et tua dicatio et cuncti alii recognoscant, quid praestitimus memoratis.*

Imp. Constantinus A. cum introisset principia et salutatus esset a praefectis et tribunis et viris eminentissimis, acclamatum est: „Auguste Constantine, di te nobis servent!“ etc. Es folgt das Protokoll über ein Gespräch des Kaisers mit seinen Veteranen, und dasselbe schliesst damit, dass Constantin mündlich alle die Privilegien aufzählt, welche er ihnen zu bewilligen gesonnen ist. Ohne jeden Zweifel ist dies das Edict, von welchem in dem Brief an Florianus die Rede ist. *Edicere* heisst ja öffentlich sagen und die stehende Einleitungsformel jedes Edictes ist: *Ille dicit*. Eine feierliche Erklärung des Kaisers, vor einer grossen Volksmenge abgegeben, kann also jedenfalls ein Edict genannt werden, namentlich wenn das Protokoll darüber durch öffentlichen Anschlag im ganzen Reiche verbreitet wird. Die Unterschrift lautet: *dat. kal. Mart. in civitate Velovorum Constantino A. VI et Constantio C. cons.* Der Ort kann nur die *Civitas Belovacorum* (Beauvais) meinen;

consulem. 525: ubi respondent catholici, et lectum esse ex rescripto diem et iterum offerunt, ut legatur. 526: prosecutio Donatistarum, lecto die non esse consulem lectum. 527: catholicorum ad ista responsio, et ut, si de rescripto dubitatur, archivorum inspiciatur auctoritas. 535: ubi postea consul invenitur imperiali epistulae.

da also Constantin um die Zeit dieses Gesetzes nicht in Gallien gewesen sein kann, wird man *dat.* in *pp.* ändern müssen. Der Kern seines Heeres bestand bis zur Unterwerfung des Orients ja immer aus Galliern; es ist daher sehr natürlich, dass Exemplare seines Veteranenedicts in den gallischen Städten ausgestellt waren. In dem Brief an Florianus ist von dem Siege des 3. Juli die Rede; das ist derjenige, welcher 324 über Licinius erfochten wurde. Danach ist das Consulat nicht mit Gothofredus in *Constantino A. VI et Constantino C.* (320) zu ändern, sondern in *Constantino A. VII et Constantio C.* (326), was ganz ebenso leicht ist.

Der Brief an Florianus ist das Begleitschreiben, mit welchem ihm das Edict zur Publication übersandt wurde. Geschrieben kann er vielleicht einige Tage nach diesem sein, öffentlich ausgestellt aber nur mit ihm zugleich. Es wäre also möglich, dass beide Schriftstücke ein verschiedenes Datum, nicht aber, dass sie ein verschiedenes Propositum hatten. Da das Gesetz, wie dies ja oft in den Provincialarchiven vorkam (S. 16), nur mit dem letzteren bezeichnet war, so wird sein Begleitbrief wahrscheinlich gar keine Unterschrift gehabt haben, sondern nur nach Art einer Vorrede dem Edict vorangestellt gewesen sein. Nun standen aber an der Spitze des letzteren die Worte *Imp. Constantinus A.*, welche regelmässig den Beginn einer neuen *lex* zu bezeichnen pflegten; dem flüchtigen Beschauer konnte es danach scheinen, als wenn das vorhergehende Schriftstück ein Ganzes für sich sei, und flüchtig sind die Compileren immer und überall verfahren. So vermissten sie denn auch an dem Begleitschreiben die Subscription und setzten auf Gerathewohl: *pp. IV id. Apr. Licinio V et Crispo C. conss.* (318). Dass bei diesem Briefe ein Propositum, welches von dem des Edictes abwich, nicht denkbar ist, haben wir schon gesehen; dass er nicht im Jahre 318 geschrieben sein kann, da er von Ereignissen des Jahres 324 redet, versteht sich von selbst. Die Unterschrift ist also zweifellos falsch, aber dies beruht nicht etwa auf irgend einer durch Conjectur zu heilenden Verderbniss, sondern sie ist ganz und gar erfunden.

Oder vielleicht doch nicht ganz. Es findet sich nämlich ein Gesetz, das im Jahre 318 *a. d. IV kal. April.* publicirt

ist, und da im Codex Kalenden, Iden und Nonen unzählige Mal verwechselt werden, so ist es sehr wohl möglich, dass die Unterschrift des Briefes an Florianus hier entlehnt ist. Denn wenn die Compileren Gesetzen, die sie undatirt überkommen haben, Subscriptionen anhängen, so sind dieselben oft, ja vielleicht immer, nicht erfunden, sondern von anderen Erlassen hergenommen. Dies zeigt am deutlichsten XI, 27, 1. Das Gesetz ist an Ablabius gerichtet und gebietet, die Aussetzung oder Tödtung neugeborener Kinder dadurch zu verhindern, dass man die Mittel zu ihrem Unterhalte armen Eltern aus der Staatskasse gewähre. Nun bestimmt ein anderes Fragment (V, 7, 1), dessen Adresse denselben Ablabius nennt, dass ausgesetzte Kinder denjenigen, welche sie aufgezogen und grossgezogen haben, von den Eltern nicht abgefordert werden dürfen. Die Gleichheit sowohl des Gegenstandes als auch des Adressaten zwingt dazu, diese beiden Stücke als Theile desselben Gesetzes zu betrachten; gleichwohl trägt das eine die Unterschrift: *dat. III id. Mai. Naisso, Constantino A. IV et Licinio IV AA. cons.* (315), das andere: *dat. XV kal. Mai. Constantinopoli, Basso et Ablabio cons.* (331). Da Ablabius vor dem Jahre 326 nie genannt wird¹⁾, im Jahre 331 dagegen auch sonst als Praefectus Praetorio nachweisbar ist, so kann kein Zweifel sein, welches der beiden Daten das richtige ist. Doch andererseits war Constantin im Winter 314/15 in Thrakien, wo er seinen Frieden mit Licinius schloss, und zog dann nach Rom, um dort am 25. Juli 315 seine Decennalien zu feiern. Am 2. Juni war er auf dieser Reise bis nach Sirmium gelangt, muss also im Mai nothwendig durch Naissus gekommen sein, welches auf seinem Wege lag. Wenn also jene falsche Subscription ihn uns am 13. Mai in Naissus zeigt, so ist es ganz undenkbar, dass dies von den Compileren erfunden sei, sondern sie müssen die Unterschrift einem echten, jetzt verlorenen Gesetz oder Rescript entlehnt haben.

Man wird vielleicht fragen, wie die Compileren, da ihnen doch der Erlass an Ablabius mit der richtigen Sub-

¹⁾ Der Erlass an Aelafius (Hänel, Corpus legum S. 191), dessen Adressaten man früher mit Ablabius identificirte, ist von mir als Fälschung erwiesen. Zeitschr. f. Kirchengesch. X, S. 555 ff.

scription vorlag, dazu gekommen sein können, dem einen Theil desselben eine falsche anzuhängen. Die Antwort ist sehr einfach. Waren die Gesetze in einzelne Fragmente zerlegt und diese über die Titel des Codex vertheilt, so war ihr Zusammenhang auch für die Compileren selbst verloren. Wenn also ein Schreiber bei einem dieser Stücke die Unterschrift zufällig vergessen hatte, so musste dies für das betreffende Fragment dieselbe Folge haben, als wenn das ganze Gesetz undatirt aus den Archiven eingeliefert war.

Für die Zwecke des Codex genügte es nicht, dass jedes Fragment ein Datum trug, sondern dieses musste auch so klar und deutlich sein, dass man vor Gericht mit Hülfe der Fasten-tafel das Prius oder Posterius aller Gesetze mühelos feststellen konnte. Die Compileren haben daher ohne Zweifel den Auftrag gehabt, die Consulate in die Form zu bringen, in welcher sie in den verbreiteten Exemplaren der Fasten aufzutreten pflegten, und wenn sie dies nicht ausnahmslos durchgeführt haben, so ist das nur ein weiteres Zeichen ihrer flüchtigen und ungleichmässigen Arbeit. Mit Recht hat daher De Rossi¹⁾ den Satz aufgestellt, dass für die Erforschung der gleichzeitigen Datirungsformen die Subscriptionen des Codex gegen die Inschriften nur sehr wenig in Betracht kommen. Doch da dem gegenüber Mommsen²⁾ die Ansicht vertritt, dass die Compileren „keineswegs principiell das effective Datum durch das der späteren Schablone ersetzen wollten, wenn dies auch einige Male geschehen sei“, so muss der Beweis geführt werden. Das zweifelloseste Beispiel finden wir auch hier in den Constitutiones Sirmondi; das zweite Gesetz derselben ist unterschrieben: *dat. pridie non. Febr. Ravennae, Stilicone II consule* (405). Der Erlass fällt, wie man sieht, in den Anfang des Jahres; es ist daher ganz natürlich, dass zu seiner Zeit der constantinopolitanische Consul Anthemius am Hofe von Ravenna noch nicht bekannt war. In Rom hat man in diesem Jahre sogar bis in den December hinein mit dem Namen des Stilicho allein datirt³⁾. Trotzdem findet sich

¹⁾ Inscriptiones christianae urbis Romae I, p. XXXV. — ²⁾ Ostgothische Studien I: Die Consulardatirung des getheilten Reiches. Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde, Bd. XIV, S. 11, Anm. 10. — ³⁾ De Rossi l. l. I, S. 229 ff.

unter den 9 ravnatischen Subscriptionen von 405, welche der Codex erhalten hat, keine einzige, die nicht beide Consuln nannte, obgleich der grössere Theil davon in die erste Hälfte des Jahres fällt. Bei demjenigen Fragment, welches der oben angeführten Constitution Sirmonds entlehnt ist (XVI, 2, 35), lautet die Jahresbezeichnung sogar: *Stilicone et Aureliano cons.* (400). Offenbar war in dem Exemplar, welches den Compilatoren vorlag, die Iterationsziffer ausgefallen und sie ergänzten daher die Subscription durch den Namen des Mannes, der Stilichos College in seinem ersten Consulat gewesen war. Derselbe Fehler ist noch bei 5 anderen Fragmenten gemacht (II, 8, 24; IX, 38, 10; XI, 1, 27; 20, 3; XVI, 5, 37), deren richtige Datirung sich daraus ergibt, dass ihre Unterschrift statt Mailand, wo sich Honorius im Jahre 400 aufgehalten hat, Ravenna nennt. Diese reichen bis auf den 13. November herab. Da der Irrthum der Compilatoren sich nur dadurch erklären lässt, dass die Subscriptionen ihrer Vorlagen den occidentalischen Consul allein nannten, so ist folglich der orientalische im Jahre 405 nicht nur in Rom, sondern auch am Kaiserhofe, mindestens bis zu dem angeführten Datum unbekannt geblieben. Legen wir dieses unserer Berechnung zu Grunde, so erhalten wir 14 Unterschriften desselben Jahres, in welchen der zweite Consul von den Compilatoren theils richtig, theils falsch ergänzt ist. Bedarf es noch eines weiteren Beweises, dass die Gleichmacherei der Jahresbenennungen nicht etwa, wie Mommsen meint, sporadisch vorgekommen, sondern ganz systematisch und absichtsvoll, wenn auch nicht ganz consequent, durchgeführt ist?

Doch vielleicht bildet eben dieses Jahr eine Ausnahme; sehen wir uns also nach anderen Beispielen um. Die beiden zusammengehörigen Fragmente II, 9, 1 und III, 5, 1 sind überschrieben: *Imp. Constantinus A. ad Rufinum pp.* Das zweite davon beginnt mit den Worten: *pater noster nullam voluit liberalitatem valere, si actis inserta non esset.* Dies bezieht sich auf ein wohlbekanntes Gesetz Constantins, das uns nicht nur im Codex (VIII, 12, 1), sondern auch in den Frag. Vatic. 249 erhalten ist und auch sonst von seinen Söhnen als *constituta divi patris nostri* (III, 5, 7; vgl. VIII, 12, 6)

citirt wird. Danach kann kein Zweifel sein, dass in jener Ueberschrift der Name des Constantinus durch den des Constantius zu ersetzen ist, eine Aenderung, die ja graphisch leicht genug ist. Aber der Fehler wiederholt sich auch in der Unterschrift, welche III, 5, 1 lautet: *dat. IV id. Mai. Sirmio Constantino A. V et Licinio Caes. conss.* (319); und hier liegt offenbar kein zufälliges Schreiberversehen vor, das sich durch eine leichte Aenderung heilen liesse. Die Lösung der Schwierigkeit bietet die zweite Subscription, welche das Consulat folgendermassen ausdrückt: *ipso A. V et Licinio Caes. conss.* (319). Offenbar stand im Original *ipso A. V et C. conss.*, womit *Constantio A. V et Constantio C. conss.* (352) gemeint war; auf dieses Jahr passt sowohl der Ort, als auch der Adressat. Die Compileren haben also die abgekürzte Consulatsformel in die volle verwandelt, wobei sie denn freilich so unachtsam gewesen sind, dies bei einer der beiden Subscriptionen nur halb zu thun¹⁾, und sind durch den corrumpirten Kaisernamen der Ueberschrift über das Jahr getäuscht worden.

Eine ähnliche Aenderung verräth das Consulat I, 27, 1: *Constantinopoli A. et Crispo Caes. conss.* Auch hier stand wohl ursprünglich *ipso A.*; die Compileren corrigirten für Licinius, der gemeint war, denjenigen Kaisernamen hinein, welchen die Ueberschrift nannte, und aus *Constipso* ist *Constp̄*, die bekannte Abkürzung von *Constantinopoli*, geworden.

Dass diese Correcturen nicht etwa vereinzelt dastehen, zeigen die Schicksale des Consulats von 318 *Licinio A. V et Crispo C.* Abgesehen von dem eben angeführten Gesetz und der gefälschten Subscription, welche wir Seite 24 besprochen haben, findet sich dasselbe im Codex Theodosianus nur ein einziges Mal: IX 15, 1 *dat. XVI kal. Dec. Licinio V et Crispo C. conss.* (318) *acc. prid. id. Mart. Karthagine Constantino A. V*

¹⁾ Dasselbe ist auch bei folgenden Subscriptionen geschehen: *ipso A. VII et Constantio C. IV conss.* II, 16, 1; *ipso A. X et Iuliano C. III conss.* II, 21, 2; *Constantio A. VI et C. conss.* VII, 13, 1; *Constantino A. VII et C. conss.* C. J. V, 26; *Constantino A. et C. conss.* XV, 1, 1. Vollständig erhalten ist die abgekürzte Formel nur: *ipsis AA. conss.* II, 10, 5; VI, 4, 17; *ipso A. VII et C. conss.* II, 22, 1; III, 17, 2.

et Licinio C. conss. (319). Wie man sieht, ist diese Unterschrift so beschaffen, dass eine Verwechselung der Consulate gar nicht möglich ist. Selbst wenn in der Quelle beidemal *ipso A. V et C.* gestanden hätte, so wäre doch schon aus der Aufeinanderfolge zweier fünfter Kaiserconsulate zu erkennen gewesen, welche Jahre gemeint sein mussten. An den andern Stellen, wo sie jene abgekürzte Formel in ihren Vorlagen fanden, haben die Compileren das *ipso A.* ausnahmslos durch den Namen des Kaisers ersetzt, welchen sie in der Ueberschrift der Gesetze lasen, und so alle Subscriptionen von 318 auf 319 gebracht. Dass dies der einzige Grund ist, weswegen das erstere jener beiden Jahre so gut wie vollständig im Codex fehlt, ergibt sich aus den folgenden Erwägungen.

Die legislative Thätigkeit Constantins war namentlich in der ersten Zeit seiner Regierung eine äusserst rührige. Dass die Gesetzgebungsmaschine mehrere Monate hindurch gänzlich ruht, kommt nur während grosser Kriege vor, wie in der zweiten Hälfte des Jahres 314, als die feindlichen Mitkaiser sich zum ersten Mal im Felde gegenüberstanden. Doch das Jahr 318 war ein ganz friedliches; jene beispiellos lange Unterbrechung in den Daten der Gesetze findet also gar keine historische Erklärung. Dazu kommen die Ortsnamen, welche mit dem Consulat von 319 verbunden sind. Sehen wir von einigen offenbar verdorbenen Subscriptionen ab, so begegnen uns die folgenden Aufenthaltsorte des Kaisers;

4. Februar bis 27. April. Sirmium II, 4, 1; XI 29, 2; X, 8, 2;
II, 19, 1; VI, 35, 3.

22 Juni Aquileia XI, 30, 9.

1 Juli Aquileia XII, 1, 6.

25 Juli Naissus II, 15.

7 Sept. Mediolanium VIII, 18, 2.

12 Oct. Aquileia III, 17, 1.

24 Oct. Sirmium I, 16, 3 + II, 6, 2.

1 Nov. Serdica II, 10, 1 + 2.

26 Nov. Serdica IX, 37, 1.

1 Dec. Sirmium V, 2.

Wie man sieht, laufen hier zwei Reihen neben einander her, deren jede in sich klar und verständlich, aber mit der

andern unvereinbar ist. Nach der einen reist Constantin im Sommer von Sirmium über Aquileia nach Mailand und kehrt im Herbst wieder über Aquileia nach Sirmium zurück. Nun findet sich im Chronographen von 354¹⁾ zum Jahre 318 folgende Notiz über den Stadtpräfecten Septimius Bassus: *ex die III id. Iul. in id. Aug. vice illius cognovit Iulius Cassius eo quod ad Augustum profectus est*. Wenn der höchste Beamte von Rom den Kaiser persönlich begrüßen geht und zu dieser Reise nur 33 Tage braucht, so zeigt dies, dass Constantin damals in Italien gewesen sein muss. Nehmen wir an, jene erste Datenreihe gehöre ins Jahr 318, so würde der Tag, an welchem der Praefect Rom verliess, der Zeit entsprechen, in welcher Constantin in Mailand angelangt sein kann. Nach der zweiten Reihe zieht er, gleichfalls im Sommer, über Naissus nach Serdica und bleibt dort bis in den Winter hinein. Dazu passt es, wenn wir ihn Anfang 320 in Serdica wiederfinden. Wir werden also die Daten, welche das fünfte Consulat Constantins nennen, je nachdem sie uns den Kaiser von Sirmium aus auf der Reise nach Westen oder nach Osten zeigen, den Jahren 318 oder 319 zuschreiben müssen.

Es liesse sich noch manches zur Bestätigung anführen, wie dass unter dem Consulat von 319 zwei Proconsuln von Afrika und zwei Stadtpräfecten scheinbar zu gleicher Zeit auftreten; doch diese Einzelheiten mögen der unten folgenden Tabelle vorbehalten bleiben. An dieser Stelle kam es uns nur auf den Beweis an, dass wie die Subscriptionen des Jahres 405, so auch die von 318 ausnahmslos aus den Fasten interpolirt sind. Dasselbe gilt natürlich auch von allen anderen Jahren, soweit ihre Consulate in den Quellen des Codex eine Form zeigten, welche diese Art der Interpolation überhaupt zulies.

Und leider ist dies nur zu häufig der Fall gewesen. Dass man die Jahre nur mit einem Consuln bezeichnete, kam nicht nur dann vor, wenn der andere noch unbekannt oder nicht legitim war; auch einfach zum Zwecke der Abkürzung hat man oft in dieser Weise datirt²⁾. Dass dies auch in den Quellen des Codex hin und wieder geschehen ist, halte ich

¹⁾ Mommsen, Ueber den Chronographen von 354. Abh. d. k. sächs. Ges. d. Wiss. II, S. 629. — ²⁾ De Rossi I, S. XIX, XXVII.

für wahrscheinlich, kann es aber nicht mit Sicherheit beweisen. In dem Zeitraum, welchen ich genau untersucht habe, finde ich nur drei Fälle, dass Consulate, welche einen Namen mit einander gemein haben, verwechselt werden: III 5, 3 *Gallicano et Symmacho* (330) statt *Gallicano et Basso* (317), C. J. VI 21, 15 *Optato et Paulino* (334) statt *Paulino et Iuliano* (325), C. J. I, 13, 1 *Sabino et Rufino* (316) statt *Severo et Rufino* (323). In dem dritten Falle sind die Namen *Severus* und *Savinus*, wie sehr oft geschrieben wird, einander graphisch so ähnlich, dass, auch wenn die Jahresbezeichnung nicht abgekürzt war, eine Verwechselung der Consulate leicht eintreten konnte; zwei Beispiele aber sind nicht ausreichend, um auf sie eine Regel zu gründen, namentlich da die Lücken, welche zur falschen Ergänzung jener beiden Consulate führten, auch wohl durch Schreiberversehen entstanden sein können. Immerhin ist es ein auffälliges Zusammentreffen, dass eins derselben (317) auch auf stadtrömischen Inschriften nur den Namen des *Gallicanus* zeigt¹⁾.

Doch wie man dies immer erklären mag, jedenfalls sind die Consulate der Privaten im Vergleich zu den kaiserlichen noch sehr gut überliefert. Dass man bei diesen die Iterationsziffern in jeder Art von Urkunden sehr oft weggelassen hat, ist wohlbekannt²⁾; dass dies auch in den Vorlagen der Compilatoren unzählige Male geschehen war, ergibt sich weniger aus den spärlichen Fällen, in welchen sich im Texte des Codex das Gleiche findet³⁾ — denn hier könnten

¹⁾ De Rossi 33: *Gallicano cons.* Vielleicht gehört auch 26: *Gal. cons.* hierher. — ²⁾ Beispiele: De Rossi, *Inscriptiones christianae urbis Romae* 53: *Constantio et Constantino coss.* 54: *Constantio et Constante cons.* 166: *Iuliano et Sallustio coss.* 168: *Cl. Iuliano et Sallustio coss.* 221, 222: *Gratiano et Probo cons.* 223: *consolatu Gratiani et Probi.* 228: *Grat. et Pro.* Frg. Vat. 273. 274: *Constantino et Licinio Augg. cons.* Das Protokoll des Zenophilus bei Migne, *Patrologia latina* 43, S. 793 und Mansi, *Conciliorum collectio* II, S. 500: *Constantino Maximo Augusto et Constantino iuniore nobilissimo Caesare cons.* Im Hermodenianus und Gregorianus war für *Diocletiano A. V et Maximiano A. IV cons.* durchgängig nur *AA. cons.* gesetzt. Mommsen, Ueber die Zeitfolge der in den Rechtsbüchern enthaltenen Verordnungen Diocletians und seiner Mitregenten, *Abhandl. d. Berl. Acad.* 1860, S. 432. — ³⁾ I, 27, 1; II, 10, 2; VI, 35, 2; IX, 16, 3; X, 8, 1; XI, 7, 2; XIII, 3, 1;

ja die Ziffern durch die Nachlässigkeit der Abschreiber ausgefallen sein — als aus der ganzen Behandlung der Kaiserconsulate. Besonders lehrreich sind die der Jahre 365—373; hier findet sich *Valentiniano et Valente cons.* mit der Ziffer *II* verbunden in 4 Fragmenten, mit *III* in 16, mit *IV* in 9, ohne Ziffer in 131. Und innerhalb der chronologischen Reihenfolge der einzelnen Titel haben die Compiler diese ganze Masse an die Stelle gesetzt, welche dem ersten Consulat der beiden Kaiser zukam¹⁾; sie selbst haben sie also ebenso wie wir ohne Iterationsziffern überkommen.

Unter Valentinian und Valens gab es ein Kaiserconsulat, dass auch in den Fasten zifferlos war; unter Constantin und Licinius nicht. Wollte man jedes ihrer Gesetze auf ein bestimmtes Jahr festnageln, wie dies die Aufgabe der Compiler war, so musste man die Ziffern, wo sie in den Quellen nicht standen, nach Gutdünken ergänzen, und so ist es im Codex denn auch geschehen. Wo man *ipsis AA. cons.* fand, da ist dies bald in *Constantino A. III et Licinio III cons.* (313), bald in *Constantino A. IV et Licinio IV cons.* (315) verwandelt worden; *Constantino et Licinio* wurde bald mit der *III*, bald mit der *IV* versehen, bald in *Constantino A. V et Licinio C.* (319) aufgelöst. *CC. cons.* oder *Crispo et Constantino* konnte auf die Jahre 321 und 324 bezogen werden, *Constantino et Constantino* auf 320 und 329 und, da *Constantinus* in den Handschriften fortwährend mit *Constantius* und *Constans* verwechselt war, daneben auch auf 326, 339, 342, 352, 353, 354; *ipso A. et C.* endlich galt unterschiedslos für die Jahre 318, 319, 320, 326, 329, 352, 353, 354, 356, 357, 360.

Noch nicht genug der Verwirrung! Dem achtsamen Leser wird es wohl schon aufgefallen sein, dass nach dem S. 28 ff. Gesagten in keiner von all den Quellen, welche den Compil-

XIV, 3, 1; XV, 1, 1; vgl. auch S. 27 und die S. 32, Anm. 1 angeführten Stellen.

¹⁾ Die sieben Daten, aus deren Stellung in der Folge sich ergibt, dass die Compiler sie einem späteren Jahr als 365 zugeschrieben haben (VII, 4, 16; 13, 5; X, 4, 3; 17, 2; 19, 7; XII, 1, 70; XIV, 17, 6), sind bei obiger Zählung nicht mit berücksichtigt worden, weil hier die Ziffer wahrscheinlich nur in den erhaltenen Handschriften ausgefallen ist.

latoren vorgelegen haben, bei dem Consulat von 318 der Name des Licinius ausgeschrieben, sondern überall die verkürzte Bezeichnung *ipso A.* dafür eingetreten war. Wo die Urkunden so zahlreicher Archive zusammengefloßen sind, ist dies gleichmässige Unterdrücken des Namens bei demselben Consulat jedenfalls sehr merkwürdig und erheischt eine Erklärung.

Bekanntlich ist Licinius hingerichtet, seine Verfügungen annullirt, sein Andenken mit dem Fluche belegt worden, eine Massregel, mit der nach römischem Brauche regelmässig die Tilgung des Namens in den öffentlichen Denkmälern verknüpft war. Diese ist bei ihm zwar nicht mit voller Consequenz durchgeführt worden: in den Fasten hat man seine Consulate unberührt gelassen und mehrere Inschriften von ihm sind ohne Rasur auf uns gekommen. Trotzdem hat seine Verurtheilung nicht nur auf den Steinen, sondern auch in den papiernen Urkunden der Zeit vielfache Spuren hinterlassen. Sowohl im Cod. Theod. als auch in den Frg. Vatic. ist in den Ueberschriften der Gesetze sein Name beseitigt; ebenso in den Erlassen, welche Eus. h. eccl. X 5, 15—6, 1 mittheilt. Mitunter ist das Jahr 313 durch *Constantino A. III cons.* mit Weglassung des Licinius ausgedrückt¹⁾. Aehnlich scheint auch in einer Quelle des Codex sein fünftes Consulat (318), das er mit Crispus bekleidet hatte, durch *Crispo C. cons.* allein bezeichnet gewesen zu sein, was die Compileren in *Crispo et Constantino Caess. conss.* (321) abgeändert haben²⁾; ein anderes Mal hatte man wenigstens seinen Namen unterdrückt und *ipso A. et Crispo C.* gesetzt (S. 28). Aber auch Crispus wurde hingerichtet, auch sein Name findet sich auf den Inschriften hin und wieder radirt. Das gemeinsame Consulat der beiden war zwar nicht für nichtig erklärt, so dass man das Jahr 318 mit *post consulatum Gallicani et Bassi* hätte benennen können; immerhin aber fanden es die Kanzleien angezeigt, die verpönten Namen zu vermeiden und statt ihrer einfach *ipso A. et C.* zu setzen. Ob man mit den zwei anderen Consulaten des Crispus (321, 324) ebenso verfahren ist, wissen wir nicht. Wenn in Codex *Crispo et Constantino CC. conss.* immer ausgeschrieben

¹⁾ Relation des Proconsuls Anulinus bei August. epist. 88, 2 und Act. coll. Karth. III, 220. Vgl. Frg. Vat. 35. — ²⁾ S. die Tabelle unter dem 23. Mai 318.

ist, so bleibt es trotzdem möglich, dass in vielen seiner Quellen statt dessen *CC. conss.* gestanden hat. Da dies die einzigen zwei Caesares waren, welche unter Constantin gemeinsam das Consulat bekleidet hatten, so konnte diese Abkürzung nur insofern Anlass zu Missverständnissen geben, als die Iterationsziffern in Betracht kamen.

Doch für die Consulate des Licinius findet sich auch noch eine andere Formel, die ebenso wohl beglaubigt, wie schwer zu erklären ist. XV, 1, 1 steht die Unterschrift: *dat. IV non. Febr. Mediolano, acc. VIII id. Iul. Constantino A. et C. conss.* Im Februar kann Constantin nur einmal in Mailand gewesen sein, im Jahre 313; der Ort lässt also keinen Zweifel zu, dass das Consulat *Constantino A. III et Licinio III* heissen müsste. Licinius ist niemals Cäsar gewesen; trotzdem wird jeder Herausgeber sich bedenken müssen, die Subscription zu emendiren, schon weil wir gesehen haben, dass die abgekürzten Consulsformeln, wo sie sich ausnahmsweise erhalten haben, immer als die ursprünglicheren zu betrachten sind. Dazu kommt, dass gerade diese den Schlüssel bietet, um eine ganze Reihe falscher Datirungen zu erklären. Für die drei Consulate, welche Constantin mit dem Augustus Licinius gemeinsam geführt hat (312, 313, 315), finden wir nämlich im Codex:

Constantino A. V et Licinio C. conss. (319) 8 mal: VII, 22, 1; VIII, 12, 4; 18, 1; IX, 10, 3; X, 10, 2; XI, 3, 1; XIII, 5, 3; XVI, 2, 2.

Constantino A. VI et Constantino C. conss. (320): IX, 34, 2.
Constantino A. VII et Constantio C. conss. (326): I, 12, 3; XI, 36, 3; XV, 14, 3; 4.

Constantino A. VIII et Constantino C. IV conss. (329): XI, 30, 15.

Die Zeit aller dieser Gesetze ist durch Inhalt, Ort oder Adressaten vollkommen sichergestellt, und wie man sieht, erklären sich alle diese unrichtigen Consulate aus falscher Auflösung der Formel *Constantino A. et C. conss.* Dass das erste Jahr, in welchem Constantin mit einem Cäsar zusammen Consul war (319), am allerschäufigsten erscheint, liegt in der Natur der Sache.

Wie man für das Consulat zweier Augusti zu dieser seltsamen Abkürzung gelangt ist, wage ich nicht zu entscheiden. Vielleicht hat man, nachdem der Name des Licinius getilgt

war, an dem Fehlen des zweiten Consuln Anstoss genommen und die Lücke durch ein *et C.* aufs Gerathewohl ausgefüllt; vielleicht ist Constantin thatsächlich eine Zeit lang bemüht gewesen, seinen Mitregenten in die Stellung eines Caesar herabzudrücken¹⁾, und dies hat in den Fasten des Westens seine Spuren hinterlassen. Doch ob die Erklärungen richtig sind oder nicht, die Thatsache selbst unterliegt keinem Zweifel, und leider ergibt sich aus ihr der Schluss, dass man die sieben Consulate für 312, 313, 314, 319, 320, 326 und 329 beliebig untereinander vertauschen kann. Ja, wenn wir annehmen, wie wir müssen, dass jene Formel mitunter auch zu *ipso A. et C. conss.* abgekürzt worden sei, so kommt als achtes auch noch das Consulat für 318 hinzu; d. h. sämtliche Kaiserconsulate aus Constantins Zeit fliessen gänzlich ineinander.

Mit Recht wird man fragen, wozu man denn die Urkunden überhaupt mit Consulaten versah, wenn man dazu Formeln wählte, welche alles Mögliche bedeuten konnten. Die Antwort darauf geben die Subscriptionen Diocletians und seiner Mitregenten, wie sie uns mittelbar durch den Gregorianus und Hermogenianus erhalten sind. Auch hier begegnet uns die Abkürzung *AA. conss.*; auch hier bezeichnet sie nicht, wie man zunächst erwarten sollte, das erste Consulat, welches die beiden Augusti zusammen bekleidet hatten (287); doch ist sie darum keineswegs vieldeutig. Aus Gründen der Zeit- und Raumersparniss verwendeten die beiden Gesetzsammlungen die kürzeste Formel für dasjenige Kaiserconsulat, aus welchem sie die meisten Rescripte besassen (293), aber auch ausschliesslich für dieses. Welches Jahr gemeint sei, liess sich in den meisten Titeln aus der Reihenfolge der Constitutionen erkennen, und wer mit den Rechtsbüchern vertraut

¹⁾ In dem Processprotokoll des Felix von Aptunga (Migne, Patrologia latina 43, S. 784 = Mansi, Conciliorum Collectio II, S. 511) hat sich vielleicht eine Spur davon in folgender Stelle erhalten: *Constantinus Maximus semper Augustus et Licinius Caesar ita pietatem christianis exhibere dignantur etc.* Bei den Consulaten des Codex ist der Augustustitel bei Licinius regelmässig weggelassen, der Cäsarentitel findet sich I, 2, 2; XVI, 2, 1; C. J. II, 8, 3. Wo die Inschriften einen *Licinius Caesar* nennen, ist es meist nicht sicher zu entscheiden, ob der Vater oder der Sohn gemeint sei.

war, der verstand die Bedeutung der Formel auch dort, wo dieses Hilfsmittel versagte. Dem Kanzleipersonal, welches die Urkunden der Archive für Theodosius II zu copiren hatte, waren die beiden Sammlungen zweifellos wohlbekannt und ihre Einrichtung hat daher gewiss auch auf die Copialbücher eingewirkt, welche nach Constantinopel versandt wurden. In jedem bedeutete *Constantino A. et C.* oder *ipso A. et C. cons.* wahrscheinlich nur Ein Jahr, aber in jedem ein anderes. Im Zusammenhange des einzelnen Buches konnte man nicht im Zweifel sein, was diese Abkürzungen meinten; wurden aber die Fragmente mehrerer Registerbände bunt durcheinandergeworfen, wie dies die Compileren thaten, so hörte auch für sie selbst jede Orientirung auf. Wie der Gregorianus und Hermogenianus die übrigen Consulate Diocletians und Maximians mit den Iterationsziffern unterschieden, so werden es wohl auch die Concipienten jener Register gethan haben; daher sind im Cod. Theod. oft die Kaiserconsulate ganz richtig. Aber leider müssen wir nach der gleichen Analogie vermuthen, dass auch in den Copialbüchern gerade diejenigen Jahre, aus welchen jedes die meisten Gesetze enthielt, mit der verkürzten Formel benannt waren, so dass, wenn nicht gar die Mehrzahl, so doch gewiss ein sehr grosser Theil der Datirungen jenen unvermeidlichen Missverständnissen unterworfen blieb.

Wollte man die Gleichförmigkeit der Jahresbenennungen durchführen, so mussten auch die Postconsulate, soweit sie nicht durch den völligen Mangel der Consuln bedingt waren, beseitigt werden. Wenn dies häufiger unterblieben ist, als die Auflösung der abgekürzten Formeln, so liegt das wohl nur daran, dass die beiden Buchstaben *p. c.* vor den Consulnamen von den Compileren selbst nicht selten übersehen sind ¹⁾. Aber derselbe Fehler ist unzählige Mal von den

¹⁾ Wie oft dies vorkam, zeigt der Fall, der uns von dem Religionsgespräch zu Karthago berichtet wird. Der Cognitor giebt seinen Kanzleibeamten den Auftrag, den zeitlichen Abstand zweier Actenstücke nach den Fasten zu bestimmen, und diese, durch das Postconsulat getäuscht, setzen ihn auf einen Monat statt auf dreizehn an. August. brev. coll. III, 17, 32: *sed officium ut falleretur et mensem interesse responderet, eundem consulatum putavit, postconsulatum autem non advertit, ubi annus iam alius agebatur.* Andere Verwechselungen derselben Art sind nachgewiesen: Zeitschrift für Kirchengeschichte X, S. 516 ff., 526.

Copisten gemacht worden, welche theils in den Provincialarchiven, theils in Constantinopel für den Codex thätig waren. Am deutlichsten ergibt sich dies aus den beiden Fragmenten I 10, 1 und XII 1, 89, welche folgende Adresse und Unterschrift tragen:

Ad Syagrium pp. — dat. III non. Jul. Viminacio, Syagrio et Eucherio cons. (381).

Ad Syagrium pp. — dat. III non. Jul. Viminacio, p. c. Syagrii et Eucherii vv. cc. (382).

Da Adressat, Tag und Ort die gleichen sind, so wird im Original zweifellos auch das Jahr dasselbe gewesen sein ¹⁾. Vielleicht noch lehrreicher sind die zwei Fragmente, welche folgende Subscriptionen haben (VIII, 12, 2; IX, 10, 1):

dat. XII kal. Mai. Serdicae, Sabino et Rufino cons. (316),

dat. XV kal. Mai. Serdicae, Gallicano et Basso cons. (317).

Das erstere Consulat kann nicht richtig sein, erstens weil zu jener Zeit Constantin nicht in Serdica war, zweitens weil erst nach dem 13. August 316 der Adressat des Gesetzes sein Amt angetreten haben kann. Dieser ist in beiden Fragmenten der gleiche; beide handeln von der Regelung der Besitzfrage, gehören also auch dem Inhalt nach zusammen; der Ort stimmt in beiden überein; ebenso das Tagdatum, denn U und II wird in den Handschriften so oft verwechselt, dass man XII und XV beinahe als dieselbe Ziffer betrachten darf. Wir haben

¹⁾ Das Postconsulat auf ein verlorenes Acceptum oder Propositum zu beziehen, wie Krüger (Ueber die Zeitbestimmung der Constitutionen aus den Jahren 364—373. Commentationes Mommsenianae S. 78) in ähnlichen Fällen thut, ist desshalb nicht zulässig, weil Gratian im Jahre 382 gegen die Donaubarbaren gekämpft hat, also wirklich in Viminacium gewesen sein muss (vgl. Götting. gel. Anz. 1887 S. 515). Ebenso passt in mehreren der S. 15 angeführten Fälle der Ort nur auf das Jahr des Postconsulats, nicht auf das des vorhergehenden Consulats. Im übrigen stimme ich mit Krüger, der auch die Bedeutung der Provincialarchive für den Cod. Theod. zum ersten Mal erkannt hat, in den meisten Beziehungen überein. Seinen kleinen, aber methodisch werthvollen Aufsatz hatte ich vor Jahren gelesen, und wenn er gleich seitdem meinem Gedächtniss entschwunden war, so zweifle ich doch nicht, dass ich mich durch die halbverwischte Erinnerung daran bei dieser Untersuchung vielfach unbewusst habe leiten lassen. Wäre er mir rechtzeitig wieder eingefallen, so hätte ich S. 3 nicht geschrieben, dass keiner auf den Bahnen des Gothofredus weiter fortgeschritten sei.

also hier zwei Fragmente desselben Gesetzes vor uns; folglich muss auch das Jahr dasselbe sein und zwar 317. Da der Erlass nach Afrika gerichtet ist, wo die Postconsulate ja am häufigsten waren (S. 14), so wird die Vorlage unterschrieben gewesen sein: *p. c. Sabini et Rufini*, und diese Jahresbenennung ist das eine Mal richtig in das Consulat umgesetzt, welches ihr zeitlich entsprach, das andere Mal falsch in dasjenige, dessen Namen sie enthielt. Aus diesen Beispielen, denen sich noch viele andere hinzufügen lassen, ergibt sich die Regel, dass wir jedes Consulat in sein Postconsulat verwandeln und so jedes Gesetz des Codex um ein Jahr später datiren dürfen.

Für die provincielle Jurisdiction waren die *Proposita* so lange von hoher Wichtigkeit, als die Frage, an welchem Tage ein Gesetz in Kraft getreten sei, für einzelne Rechtsfälle entscheidend sein konnte. Doch je älter die Gesetze wurden, desto seltener kam dies vor, und wer sich auf den Standpunkt des Gesamtreiches stellte, wie das die Aufgabe der Compileren war, musste diesen Theil der Subscription schon deswegen als gleichgiltig betrachten, weil er für jede Provinz verschieden sein konnte. Mit Recht hat man daher die *Data* auf Kosten der *Proposita* bevorzugt; doch auch hier ist die ungeschickte Anwendung eines richtigen Grundsatzes eine Quelle von Fehlern geworden. Wo die *Proposita* allein überliefert waren, haben einzelne der Compileren sich bemüht, wenigstens den Schein von *Data* hervorzurufen, indem sie *pp.* oder *acc.* in *dat.* änderten. Das sicherste Beispiel dafür ist das schon oben (S. 16) angeführte Gesetz, von dem zwei Fragmente *dat. Beryti*, nur eins richtig *pp. Beryti* bezeichnet ist, da hier die Wiederholung des Fehlers den Gedanken an eine zufällige Entstehung desselben ausschliesst. Wenn beide Theile der Subscription vorlagen, hat man den zweiten, überflüssigen oft getilgt, und auch dies hat zu falschen Datirungen Anlass gegeben.

Wo Datum und Propositum in verschiedene Jahre fallen, da pflegt, auch wenn beide aufgenommen sind, doch nur eins der beiden Consulate genannt zu sein und zwar ausnahmslos das letzte¹⁾. Dies widerspricht eigentlich dem Princip der

¹⁾ VI, 22, 2; VIII, 10, 1; IX, 1, 1; 40, 1 + XI, 30, 2 + 36, 1;

Compileren, auf das Datum das grössere Gewicht zu legen, doch scheint die Gewohnheit, die Consuln immer am Ende der ganzen Subscription zu lesen, stärker gewesen zu sein. Strich man nun das Propositum, so entstand leicht der Fehler, für welchen das Gesetz Julians VIII, 5, 15 + C. J. VIII, 10, 7 das bezeichnendste Beispiel ist. Es trägt die Unterschrift: *dat. VII kal. Nov. Antiochiae, Iuliano A. IV et Sallustio cons.* (363). Dies Datum ist unmöglich, weil an jenem Tage der Kaiser, den die Ueberschrift nennt, längst todt war. Die Lösung der Schwierigkeit bieten zwei andere Fragmente desselben Gesetzes (XI, 28, 1 + XV, 3, 2), welche folgendermassen unterschrieben sind: *dat. VII kal. Nov. Antiochiae, acc. XV kal. Apr. Karthagine, Iuliano A. IV et Sallustio cons.* Die Compileren haben also in den beiden erstgenannten Fragmenten Tag und Ort des Acceptum getilgt, aber das Consulat stehen lassen, wodurch das Datum um ein Jahr zu spät wurde. Dies Beispiel und viele ähnliche beweisen, dass wir bei jedem alleinstehenden Datum des Codex berechtigt sind, das Consulat auf ein verlorenes Acceptum zu beziehen und es demgemäss um ein Jahr vorzudatiren. Voraussetzung ist dabei nur, dass der Tag dem 31. December nahe genug liegt, um die Annahme, das Gesetz sei erst im nächsten Jahre an seine Adresse gelangt, wahrscheinlich zu machen. Natürlich wird der Abstand desto grösser sein dürfen, je weiter der Aufenthaltsort des Empfängers von dem des Kaisers entfernt ist. Befindet sich z. B., wie am 30. Juli 325, der letztere in Nicomedia und ist der Adressat ein afrikanischer Beamter, so kann das Datum sogar noch in den Hochsommer fallen; früher allerdings kaum. Es findet sich zwar ein Beispiel, dass ein Gesetz, um von Ravenna nach Karthago zu gelangen, beinahe ein volles Jahr brauchte¹⁾, doch mit solchen

X, 17, 3; XI, 1, 13; 28, 1 + XV, 3, 2; XIII, 1, 1; XVI, 8, 5 + 9, 1; vgl. auch Sirm. 12. Dass beide Consulate genannt werden, kommt nur zweimal vor: IX, 15, 1; XV, 7, 13.

¹⁾ XV, 7, 13: *dat. VI id. Febr. Ravenna, Constantio v. c. cons. (414), acc. a tribuno voluptatum X kal. Febr. Karthagine post cons. [eiusdem, quod est] Honorio et Theodosio AA. cons.* So dürfte die arg verstümmelte Subscription wohl zu ergänzen sein.

Ausnahmen, die nur durch ganz besondere Verhältnisse herbeigeführt sein können, darf man nicht rechnen.

Wo die Jahresbezeichnungen so gründlich verdorben wurden, da sind die Tagdaten natürlich auch nicht unberührt geblieben. Von der Verwechselung ähnlicher Zahlen, wie V und II, III und IIII, ähnlicher Monatsnamen, wie *Jan.*, *Jun.* und *Jul.*, *Mai.* und *Mart.*, und was dergleichen mehr ist, schweige ich, da diese Fehler allen Handschriften gemein sind und keine Eigenthümlichkeit des Codex bilden. Doch auch hier hat sich neben der zufälligen Corruptel sehr oft die bewusste Interpolation geltend gemacht. Namentlich wo in den Quellen oder auch in den daraus gefertigten Excerpten Lücken waren, kam es den Compilatoren gar nicht darauf an, den ersten besten Monatsnamen zu setzen. Finden sich doch bei den 9 Fragmenten VI, 27, 1; VII, 13, 1; 21, 2; VIII, 4, 5; 7, 4; 5; 6; XII, 1, 14; 18, die alle demselben Gesetz angehören, nicht weniger als 9 verschiedene Tagdaten. Doch Derartiges ist Ausnahme; im ganzen dürfen die Tage für viel besser beglaubigt gelten, als die Consuln, schon weil jene nicht, wie diese, aus den Fasten systematisch interpolirt werden konnten. Wo daher eine Unterschrift der Emendation bedarf, da wird diese immer passender bei der Jahresbenennung als bei dem Tagdatum einsetzen, mag auch die Aenderung scheinbar schwieriger sein.

Am wenigsten haben die Ortsdaten gelitten, weil diese der entbehrlichste Theil der Subscription waren und sich daher die Compilatoren, wo sie fehlten, nicht zu willkürlichen Ergänzungen gezwungen sahen. Höchstens kommt es vor, dass eine Corruptel des Consulnamens *Constantino* zu *Constantinopoli* wird (S. 28); doch auch dies ist selten. Nur eine bemerkenswerthe Art der Interpolation ist mir auf diesem Gebiete begegnet: der Ort *Constantinopoli* erscheint mehrfach in gut beglaubigten Subscriptionen, noch ehe die Stadt diesen Namen erhalten hatte; *Byzantii* findet sich dagegen niemals, obgleich Constantin auch vor der Einweihung seiner neuen Hauptstadt sich nicht selten in ihren Mauern aufgehalten hat. Es ist daher wohl mehr als Vermuthung, dass die byzantinischen Schreiber, welche den früheren Namen ihrer Heimath

natürlich kannten, überall, wo sie in den Quellen Byzanz fanden, dafür Constantinopel gesetzt haben. Doch dies erschüttert den Grundsatz nicht, dass die Ortsdaten den zuverlässigsten Bestandtheil der Unterschrift bilden und jede chronologische Untersuchung von ihnen auszugehen hat.

Soviel von den Subscriptionen. Bei den Ueberschriften wurde die Interpolation meist dadurch veranlasst, dass sie den Compilatoren entweder unvollständig oder gar nicht vorlagen. Das erstere scheint namentlich auf folgende Weise eingetreten zu sein. Wir sahen schon, dass diejenigen, welche die Urkunden der Archive für den Codex Theodosianus in Copialbücher zusammentrugen, durch die Muster des Gregorianus und Hermogenianus beeinflusst worden sind. Diesen werden sie auch darin gefolgt sein, dass sie nur dem ersten Gesetz jedes Kaisers den vollen Namen desselben vorschrieben und bei allen folgenden das bekannte *Idem A.* oder *Idem AA.* an dessen Stelle setzten. Wurde nun durch die Unachtsamkeit eines Copisten diese Art der Ueberschrift auch auf das Excerpt übertragen, welches aus dem Zusammenhange des Registers herausgerissen war, so war damit der Kaisername verloren und konnte nur auf Grund des Consulates, welches die Unterschrift nannte, wieder ergänzt werden. Wenn dieses fehlte oder seine Formel zweideutig war, so sahen sich die Compilatoren aufs Rathen angewiesen. So ist es gekommen, dass sich manchmal ein falscher Kaisername mit einer sonst richtigen Adresse verbunden findet¹⁾. Charakteristisch dafür sind namentlich die drei Gesetze, welche angeblich von Constantin an den Praefectus Praetorio Secundus gerichtet sind (I, 16, 5; IX, 1, 6; XV, 1, 3). Ein Mann dieses Namens hat unter Julian jenes Amt bekleidet²⁾, und es lässt sich denn auch in allen drei Fällen mit Sicherheit nachweisen, dass dieser Kaiser der Autor des Gesetzes ist. XV, 1, 3 bestimmt, dass die Provincialstatthalter kein neues Bauwerk anfangen dürfen, ehe sie die von ihren Amtsvorgängern begonnenen zu Ende geführt haben; nur zu Gunsten von Tempelbauten wird eine Ausnahme gemacht. Dass diese

¹⁾ Vgl. Krüger S. 77. — ²⁾ Mommsen zum CIL. III, 247.

Anordnung nicht dem ersten christlichen Kaiser, sondern dem Restaurator des Heidenthums angehört, bedarf wohl keines Beweises. IX, 1, 6 ist unter dem Datum des 21. November 363 gleichlautend an Mamertinus erlassen (I, 22, 3), mit dem Secundus zugleich im Amte war. Offenbar hat Julian dieses Gesetz allen seinen Präfecten übersandt und es ist aus zwei Provincialarchiven unter verschiedener Adresse in die Hände der Compileren gelangt. I, 16, 5 endlich heisst Secundus *pp. Orientis* und unter Constantin ist es ganz unerhört, dass dem Titel der Präfecten der Name ihres Amtsbezirkes hinzugefügt wird ¹⁾. Die Unterschriften nennen alle drei Consulate aus der Zeit Constantins, die natürlich mit Rücksicht auf die Ueberschriften gefälscht sind. In einer (I, 16, 5: *dat. XIV kal. Mai. Constantinopoli, Constantino A. VIII et Constantio IV cons.*) scheinen wenigstens Tag und Ort richtig zu sein, denn am 18. April 362 war Julian in Constantinopel und dies Datum passt auch zur Amtszeit des Secundus. Zufällig verwechselt konnte der Name Constantins wohl mit dem des Constantius werden (vgl. S. 27), aber nicht mit dem Julians. Es liegen also in allen drei Fragmenten Interpolationen vor, die sich kaum anders erklären lassen, als es oben geschehen ist.

Wo in den Quellen die Ueberschrift ganz fehlte, was nicht selten vorgekommen ist, haben die Compileren fünf verschiedene Wege eingeschlagen:

1) Sie liessen den Adressaten weg und ergänzten mit Hülfe des Consulats den Namen des Kaisers. Dass in diesen sehr häufigen Fällen die Inscription gar keine Autorität besitzt, versteht sich von selbst.

2) Sie setzten der Grussformel, welche am Eingange des Briefes stand, den Kaisernamen auf die gleiche Weise voran. Denn dass *Imp. Constantinus A. Ave Felix carissime nobis* keine echte Ueberschrift ist, braucht wohl nur ausgesprochen zu werden, um der allgemeinen Beistimmung sicher zu sein.

¹⁾ Die älteste Inschrift, in welcher dies meines Wissens der Fall ist, gehört demselben Mamertinus, welcher im Text genannt ist: CIL. V, 8987. Im Codex kommt es, abgesehen von unserem Falle, zuerst unter Valentinian vor: VII, 13, 5; X, 17, 1; XI, 11, 1; XIII, 10, 4; 5; C. J. X, 32, 29; XI, 48, 6.

3) Der Grussformel oder der Anrede, welche in den kaiserlichen Briefen die Einleitung abzuschliessen pflegt, wurde der Name des Adressaten entnommen und mit dem Kaisernamen, den das Consulat ergab, in folgender Weise verbunden: *Imp. Constantinus A. Felici* oder *Idem A. ad Felicem*.

4) Der Text der Urkunden enthielt zwar meist den Namen des Adressaten, aber nie den Amtstitel. Fühlten sich also die Compileren gedrungen, auch diesen zu ergänzen, so waren sie auf eigene Erfindung angewiesen und haben dann regelmässig die Titel *pp.* oder *pu.* verwandt, weil ihnen diese die geläufigsten und zugleich die kürzesten waren. Beispiele findet man in der Tabelle unter dem 2. Februar 313, 1. October und 3. December 315, 3. Februar 316, 1. Mai 317, 6. Juli 326 und sonst.

5) Wie mitunter an sich echte Unterschriften Gesetzen angehängt wurden, zu denen sie nicht gehörten, so kam das gleiche auch bei den Ueberschriften vor. Namentlich folgendes Beispiel ist dafür bezeichnend. XIV, 3, 7 ist überschrieben: *Idem AA.* (d. h. Valentinian und Valens) *ad Viventium pu.*, unterschrieben: *dat. VIII id. Oct. Altino, Divo Ioviano et Varroniano cons.* (364). Das Datum ist richtig; denn erstens ist Valentinian zu jener Zeit nachweislich im östlichen Oberitalien gewesen, zweitens kehrt die gleiche Subscription bei einem anderen Fragment (XIV, 21) wieder, das gleich diesem von den für die Verpflegung Roms thätigen Corporationen handelt, also offenbar zu demselben Gesetze gehört. Doch dieses trägt die Ueberschrift: *Impp. Valentinianus et Valens AA. ad Symmachum pu.* und es steht auch sonst fest, dass im Jahre 364 Symmachus und nicht Viventius die Stadtpräfectur bekleidete¹⁾. Doch ist jene erste Inscription nur in Verbindung mit diesem Gesetze falsch; an sich ist sie richtig; denn unter Valentinian und Valens ist thatsächlich ein Viventius Präfectus Urbis gewesen. Sie muss also einer echten Urkunde entlehnt und nur von den Compileren an die falsche Stelle gesetzt sein²⁾.

¹⁾ Die Reihe der Stadtpräfecten bei Ammianus Marcellinus, Hermes XVIII, S. 289. — ²⁾ Andere Beispiele bei Krüger S. 80.

Dass übrigens neun Zehntel der Ueberschriften uns nicht in ihrer ursprünglichen Gestalt erhalten sind, versteht sich ganz von selbst. Wo jetzt *ad senatum* steht, da lautete das Original: *consulibus, praetoribus, tribunis plebis, senatui salutem*, wo *edictum* oder *ad populum* oder *ad universos provinciales*, da war die Einleitung: *Imp. Caes. Fl. Constantinus pius felix maximus victor ac triumphator semper Augustus dicit; ad Felicem pp.* steht an der Stelle von *Felici pp. salutem* u. s. w. Doch diese Abkürzungen und Veränderungen sind wohl nur zum kleinsten Theil von den Compilatoren gemacht; die Mehrzahl stammt wahrscheinlich schon aus den Copialbüchern her und darf insofern als überliefert gelten.

Fassen wir das Ergebniss dieser Untersuchung kurz zusammen, so dürfte es dahin lauten, dass für die Zeitbestimmung der Gesetze der Kaisername und das Consulat zwar nicht gleichgiltig sind, aber doch eine relativ geringe Autorität besitzen, namentlich wenn das letztere ein Kaiserconsulat ist; werthvoller ist der Name des Adressaten, am werthvollsten das Ortsdatum. Allerdings kann es auch bei diesen vorkommen, dass sie zwar an sich richtig sind, aber bei einem nicht dazu gehörigen Gesetze stehen.

(Schluss folgt.)

II.

Ueber einen Ordo iudiciarius vom Jahre 1204.

Von

Herrn Gerichtsassessor **Friedrich Altmann**

in Berlin.

I.

Durch Stintzings Werk „Ueber die populäre Litteratur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland“ ist der Blick der litterärgeschichtlichen Forscher auf eine Reihe mittelalterlicher Schriften gelenkt worden, die man früher der Beachtung kaum gewürdigt hat, deren Werth für die Rechts-

entwicklung im allgemeinen und die Geschichte der Reception der fremden Rechte in Deutschland im besonderen aber seitdem voll und ganz anerkannt wird.

Es ist jedoch schon unmittelbar nach dem Erscheinen des Stintzingschen Buches mehrfach mit Recht beklagt¹⁾ worden, dass der Verfasser sich auf den Kreis der Schriften beschränkt habe, welche ihre Verbreitung durch den Druck im 15. oder im Anfang des 16. Jahrhunderts erlangt haben.

Gerade die ältesten populären Schriften sind dadurch der Stintzingschen Untersuchung entzogen worden, dass sie nur handschriftlich überliefert sind, während zahlreiche Werke secundärer und deshalb minder wichtiger Art dort Berücksichtigung fanden, weil sie einer späteren Zeit angehören und daher gedruckt waren.

Damit im Zusammenhange steht der Umstand, dass Stintzing nicht in der Lage gewesen ist, den Zeitpunkt des Aufkommens der populären juristischen Litteratur im allgemeinen näher zu bestimmen.

Für das Gebiet des kanonischen Rechts hat v. Schulte zuerst mit Nachdruck darauf hingewiesen²⁾, dass unmittelbar nach Abfassung des Decretum Gratiani sich allerorten das Bedürfniss nach Schriften geltend gemacht habe, welche leicht zugänglich und ohne Lehrer und gelehrten Apparat verständlich waren. Hierdurch sind jene zahlreichen Introductiones, Summae metricae, Excerpta etc. über das Decret veranlasst worden, deren Sammlung wir der bewundernswerthen Arbeitskraft Schultes verdanken³⁾.

Besonders zahlreich waren aber die populären Werke auf dem Gebiete des Processrechts. Im Decret waren processuale Vorschriften an verschiedenen Stellen zerstreut. Das Bedürfniss nach Zusammenstellung derselben machte sich da-

¹⁾ Vgl. die von v. Schulte in seiner „Geschichte der Quellen und der Litteratur des kanonischen Rechts“ Bd. II, S. 478, Note 5 angeführten Kritiken des St.'schen Buches und v. Schulte selbst a. a. O. —

²⁾ v. Schulte in seinem 3. Beitrag zur Geschichte der Litteratur über das Decret Gratians (Sitzungsberichte der kk. Akademie zu Wien, phil.-hist. Classe Bd. LXV (1870) S. 21 ff.) S. 24. — ³⁾ In der Note 2 angeführten Schrift vgl. auch noch Schultes Litteraturgeschichte Bd. I, S. 218 n. IV; S. 230 ff.

her um so mehr geltend, als die geistliche Gerichtsbarkeit sich im 12. Jahrhundert mächtig entfaltete¹⁾. So entstanden für die grosse Masse des Clerus bestimmte kurze Uebersichten des Processganges und zwar zunächst in Anlehnung an Causa II qu. 1 Decreti²⁾. Die Bezeichnung dieser Schriftgattung als *Ordines iudicarii* wurde gleichfalls dem Dictum Gratiani zu Causa II qu. 1 entnommen³⁾ und sehr bald auch auf die civilistischen Processschriften übertragen⁴⁾.

Unter den auf uns gekommenen *Ordines iudicarii* der ältesten Zeit (Ende des 12. und Anfang des 13. Jahrhunderts) ist bereits bei dreien, der sogen. *Summa Coloniensis*⁵⁾, dem *Ordo iudiciarius Eilberti Bremensis*⁶⁾ und endlich

¹⁾ Vgl. Richter-Dove-Kahl, Kirchenrecht § 207, 8. Aufl., S. 750, v. Schulte, Geschichte Bd. 1, 233, sowie Gross in der Vorrede zu dem von ihm herausgegebenen *Ordo iud.*, Innsbruck 1870, S. 10 a. E. — ²⁾ So der von Kunstmann in der Kritischen Ueberschau der deutschen Rechtswissenschaft Bd. II, S. 17 ff. herausgegebene *Ordo iudiciarius*; vgl. auch Gross a. a. O. Einleitung S. 7. — ³⁾ An in manifestis iudiciarius ordo sit requirendus? — ⁴⁾ Die Bezeichnung „*Ordo iudiciarius*“ deutet im 12. Jahrhundert stets auf einen kanonistischen Verfasser. Die ältesten von Legisten verfassten Processschriften führen andere Titel, z. B. *Bulgari Summa de „iudiciis“* (nach der sehr wahrscheinlichen Conjectur Wunderlichs: *Anecdota* p. 13, Note 1); der sogen. *Ulpianus de edendo*, welcher keine Ueberschrift führt, sagt im Eingang: *Ordo iudiciorum est talis*. Als „*Ordo iudiciorum*“ bezeichnet sich auch die Schrift des Legisten Otto Papiensis; vgl. v. Bethmann-Hollweg, Der gemeine Civilprocess Bd. 6, § 123 und im allgemeinen v. Schulte in der Einleitung zu dem *Ordo iudic. Bambergensis III* (Sitzungsberichte der Wiener Akademie phil.-hist. Classe Bd. LXX, S. 285 ff.) S. 286, Separatabdruck S. 4. *Ordo iudiciarius* bezeichnet ursprünglich eine Schrift, in welcher hauptsächlich die *Canones* berücksichtigt sind. Später wurde die Bezeichnung für jede Processschrift gebraucht. — Der Unterschied zwischen civilistischen und kanonistischen Processschriften tritt übrigens noch bei Tancred deutlich hervor. — Vgl. *Prooemium T.* (ed. Bergmann S. 89). — ⁵⁾ Aufgefunden von Schulte im Codex membr. D. II, 17 der Bamberger Bibliothek, publicirt in den Sitzungsberichten der Wiener Akademie Bd. LXIV (1870), S. 93 ff. Separatabdruck, Wien 1870; vgl. insbesondere S. 15. — ⁶⁾ Im Cod. Ius Can. 119 (jetzige Nr. 2221) der Wiener Hofbibliothek enthalten. Erwähnt von Savigny, Geschichte des röm. Rechts Bd. 5, § 61, 2. Ausg., S. 168 und nach ihm ausführlich beschrieben von Siegel in den Sitzungsberichten der Wiener Akad. Bd. LV (1867), S. 531 ff. Separatabdruck Wien 1867.

dem berühmten fälschlich sogen. Ordo iud. Io. Andreae¹⁾ Deutschland als Heimath nachgewiesen worden²⁾).

Zu ihnen gesellt sich nunmehr ein vierter, von mir im Kloster Kremsmünster vorgefundener Ordo iudiciarius vom Jahre 1204. —

Im Interesse der Rechtsgeschichte sei es mir erlaubt, über dieses in der Litteratur bisher nirgends erwähnte Werk an dieser Stelle zu berichten.

Zur Charakteristik desselben mag vorweg bemerkt werden, dass es an Form und Inhalt dem Ordo iudic. Eilberti Bremensis sehr nahe steht, dass es aber den letzteren an Bedeutung weit überragt, weil es in späterer Zeit — und namentlich sowohl bei Abfassung des sogen. Ordo iud. Iohannis Andreae, als auch von italienischen Juristen — vielfach benutzt worden ist.

Zugleich gestattet ein günstiges Geschick, zum ersten Male etwas Genaueres über das Leben eines deutschen populär-juristischen Schriftstellers des 13. Jahrhunderts zu ermitteln und ihm eine ganze Reihe seiner bisher anonym erwähnten Werke wieder zuzuweisen.

II.

Der Codex Nr. 1 der Stiftsbibliothek in Kremsmünster³⁾, ein Miscellenband von 440 Blättern in 4^o min., der seine gegenwärtige Form im Jahre 1491 empfing, wie ein Vermerk auf fol. 440^v ausweist, enthält⁴⁾ ausser einer ganzen Reihe theologischer und humanistischer Schriften auch einige juristische

¹⁾ Vgl. Rockinger, Ueber einen Ordo iudic., bisher dem Io. Andreae zugeschrieben, München 1855. Ausgaben: von Horn, München 1837; Wunderlich, Basel 1840; neueste von Rockinger in den Quellen und Forsch. z. bayr. und dtsch. Geschichte Bd. IX, Abth. 2, S. 985 ff. — Vgl. im allgemeinen Stintzing, Populäre Litteratur S. 205 ff. und unten letzt. Abschn. — ²⁾ Diese Thatsache ist auch besonders hervorgehoben von Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft I, S. 13. — ³⁾ Ein 777 von dem Herzog Tassilo von Bayern gegründetes Benediktinerkloster in Oberösterreich. — ⁴⁾ Der Codex ist genau beschrieben in dem von dem Stiftsbibliothekar P. Hugo Schmidt verfassten, aber nur als Manuscript gedruckten Catalogus Codd. Ms. Monasterii Chremisanensis. Tom. I, fasc. 1, Lentii 1877, p. 1—23.

Werke¹⁾, von denen nur zwei auf Pergament geschrieben sind²⁾.

Das eine dieser Werke (von fol. 416 bis 428^v) ist ein versificirter „Ordo iudiciarius“, wie dies, abgesehen vom Inhalt, sich daraus ergibt, dass am Schluss auf fol. 428^v am Rande bemerkt ist „Explicit Ordo iudiciarius“³⁾. — Die andere Schrift (von fol. 429—440) ist die von Schulte in dem Codex Nr. 2221 der Wiener Hofbibliothek vorgefundene⁴⁾ und auch sonst in der Litteratur gelegentlich bereits erwähnte versificirte Summa de matrimonio nach Huguccio.⁵⁾

¹⁾ a) fol. 23—61. Tractatus de confessione audienda Mag. P. Wān (cf. v. Schulte, Litteraturgesch. Bd. II, S. 529); b) fol. 61—85. De eadem Mag. Nicolai de Dinkepühl (Schulte II, S. 399); c) fol. 211—218. Bulla cum declaratione in hereticos, d. s. die Hussiten; d) fol. 317—342. Lib. poenitentialis Io. de Deo (Schulte II, S. 102). Diese sämtlichen Schriften sind im 15. Jahrhundert auf Papier geschrieben. — ²⁾ fol. 428—440. Sie enthalten nach dem Vorlegeblatt Metra supra ius canonicum. Das Pergament ist in zwei Quaternionen und 1 Quinio gelegt. Ein Blatt zwischen fol. 438 und 439 ist herausgeschnitten. Auf ihm war ein Arbor consanguinitatis und Figuren zur Erläuterung des Textes auf fol. 438^v verzeichnet. — ³⁾ Der Verfasser selbst scheint sein Werk „De iudiciis“ genannt zu haben. Die Ueberschrift (in der Handschrift mit rother Tinte geschrieben) lautet: De iudiciis Liber Primus. — ⁴⁾ Dieselbe steht dort unmittelbar nach dem Ordo iud. Eilb. Bremensis, dem wiederum vorangeht der von Gross herausgegebene Ordo iudic. (die sogen. Summa legum). Vgl. überhaupt über den juristisch sehr wichtigen Inhalt dieser Handschrift (der u. a. auch die Summa Quicunque vult des Johannes Bassianus enthält) Tabulae codd. ms. Vindob. Vol. II, p. 35 und in Ergänzung dieses nicht vollständigen Verzeichnisses von Schulte in den Sitzungsberichten der Wiener Akad. phil.-hist. Cl. Bd. LXIII, S. 287, Note 1. — ⁵⁾ Schulte bezeichnet dieselbe „als zu den interessanteren ihrer Art gehörig“. Er führt zugleich die 6 Anfangsverse und einige Stellen zur Kennzeichnung der Methode aus der Summa an, kennt aber weder den Verfasser, noch Zeit und Ort ihrer Entstehung, da in dem Wiener Codex nichts darüber enthalten ist (III. Beitrag zur Geschichte der Litt.; Sitzungsber. der Wiener Akad. Bd. LXV, S. 27 f.). Ausserdem erwähnt sie auch Fabricius in seiner Bibl. med. lat. Vol. I, 75, indem er sich auf Pez beruft, welcher die Summa in einem Kremsmünsterer Codex — unzweifelhaft unser Codex Nr. 1 — gesehen habe. Die Wiener Handschrift der Summa unterscheidet sich von der K.schen hauptsächlich dadurch, dass in jener die Einleitung Gratians zu der betr. Causa vor jeder Rubrik wörtlich angeführt ist.

Beide Werke sind von der Hand desselben Schreibers — und zwar wahrscheinlich vom Verfasser selbst (cf. unten Note 2) — durchaus correct geschrieben. Die Schriftzeichen gehören dem ersten Anfang des 13. Jahrhunderts an. Auf jeder Seite sollen durchschnittlich nach der Lineatur 30 Zeilen stehen, doch finden sich auf einigen Seiten 31 und 32 Zeilen. Auf jeder Zeile steht ein Vers. Der breite Rand ist nachträglich zur Niederschrift von Quellencitaten benutzt, welche auf den ersten Blättern ziemlich zahlreich, von Bl. 421 ab immer spärlicher werden, bis sie Bl. 425^v gänzlich aufhören¹⁾.

Unser Ordo iudiciarius besteht aus 780 Hexametern, welche vom Verfasser in 138 Rubriken eingetheilt sind, wie sich aus den Initialen ergibt.

III.

Der Verfasser des Ordo iudiciarius des Kremsmünsterschen Codex und der Summa de matrimonio ist ein Magister Altmann²⁾. Dies wird für beide Werke dadurch erwiesen, dass die sechs ersten Verse je ein Akrostichon auf den Namen „Altman“ bilden³⁾, eine Spielerei, die sich auch noch bei

¹⁾ Die Schrift der Citate scheint auf den ersten Blick ähnlich der des Textes, nur ist sie kleiner. Der Inhalt der Citate beweist indessen, dass dieselben nachträglich von irgend einem ziemlich unwissenden Leser hinzugefügt sind. — Vgl. über den Inhalt der Citate unten Abschnitt V. — ²⁾ Derselbe ist augenscheinlich auch der Schreiber des Textes, wie die Correctheit desselben erweist und namentlich der Umstand, dass hier allein der Name des Verfassers in der Medulla matrimonii genannt ist (cf. S. 50 oben). — ³⁾ Die ersten Verse des Ordo iudiciarius lauten:

Acturi de iudiciis, quo iudice rite
Lis contestetur, vel per quos iusta probetur
Testes causa, reus quo se tueatur et in quem
Malleus actoris cudet, quo quisque patrono
Acta serat, quae civilis quae crimine causa
Noxia praetendat, viciataque causa gravati
Qua relevetur ope, tenui modulamur avena.

Die sechs ersten Verse der Summa de matronio sind zwar bei Schulte (cf. oben S. 48, Note 5) abgedruckt, aber ohne dass er das Akrostichon bemerkt hat. Sie lauten nach dem Cod. Nr. 1:

Ardua temptantes sub metrica iura medullam
Legitimi nexus rauca licet usque cicuta
Taxamus, scriptis nitentes hugutionis

anderen Werken desselben Autors wiederholt¹⁾. Ausserdem kommt der Name Altmann in mehreren Formeln des Ordo iudiciarius vor²⁾. Endlich findet sich am Schluss der Summa de matrimonio in der K.schen Handschrift die von der Hand des Textschreibers herrührende Bemerkung: „Explicit Medulla matrimonii a magistro Altmanno compilata“.

Ueber die Person des Verfassers Altmann lässt sich aus dem Ordo iudiciarius selbst entnehmen, dass derselbe Magister und Presbyter war. Wir dürfen daher glauben, dass er als Kleriker an einer Klosterschule kanonisches Recht lehrte³⁾. Dass er ein Deutscher war, ergibt der Name.

Ein glücklicher Zufall liess mich aber auch den Wohnort desselben näher feststellen.

In *Pez Scriptores Rerum Austriacarum*⁴⁾ findet sich eine *Vita Sancti Floriani Martyris* aus einer Handschrift des

Materiamque damus si forte quis inclitus ista
 Altisono pompare stilo velit et pede digno
 Nam labor iste rudes, cum sit rudis, imbuit aures.

¹⁾ S. unten S. 52, Text bei Note 4. — ²⁾ So in dem Libell-formular fol. 421, Zeile 7, Vers 306—321, welches wir hierher setzen, da dasselbe zugleich für die Bestimmung der Entstehungszeit des Ordo iudiciarius wichtig ist:

306 Talis erit vero concepti forma libelli:
 Premissis annis domini, die, nomine iuncto
 In cathedra Petri sancto papa residente
 Cuius papatus currit iam septimus annus
 310 Regna vel imperium iam rege tenente Philippo
 Illius hoc anno regni, sub consule tali,
 His sub praesulibus, hoc tempore pontificatus
 Ipsorum talique die seu mense sub illo
 Presbiter Altmannus ego pulso reum symoniae
 315 Gwidonem, quia pro tali ordine Petro
 Viginti solidos vel ad ecclesiam titulandus
 Mense die certoque loco culpaeque sodali
 Crimen ubi quando, per quem, cum quoque sit actum
 Non intermissis annis domini replicabis
 320 Et papae regisque simul vel praesulis et mox
 Subscribes temet tale deferre professum.

Ferner kommt auch noch in Vers 722 (fol. 428, Zeile 2) der Name Altmannus vor. — ³⁾ Vgl. Schulte, *Litteraturgesch.* Bd. I, S. 214, und jetzt vorzüglich: Fitting, *Die Anfänge der Rechtsschule zu Bologna*, 1888, S. 16 ff., 21 ff. — ⁴⁾ Tom I (Lips. 1721. fol.) Col. 52. 53.

Klosters St. Florian¹⁾ in Oberösterreich abgedruckt. Der Prolog dieses Werkes enthält ebenfalls ein Akrostichon auf den Namen „Altman“, und damit war, da der Gegenstand des Gedichts, die Vita S. Floriani, nur für einen St. Florianer-Mönch Interesse haben konnte, das Kloster St. Florian als der Wohnort des Magister Altmann gegeben. Derselbe war sonach regulirter Chorherr des heiligen Augustin²⁾. — In dem Archiv von St. Florian finden sich über ihn keine urkundlichen Nachrichten³⁾; indessen sind wir in der Lage, die Abfassungszeit des Ordo iudiciarius und damit auch die Lebenszeit des Magister Altmann genauer bestimmen zu können.

In den bereits oben mitgetheilten Versen⁴⁾ über die Form des Klagelibells wird erwähnt, dass der Papst (dessen Name im übrigen nicht genannt ist) im 7. Jahre⁵⁾ regiere und dass

¹⁾ Dasselbe wurde von dem Bischof Altmann von Passau († 1091) im Jahre 1071 den regulirten Chorherren vom h. Augustin nach Entfernung der weltlichen Kleriker übergeben; vgl. Czerny, Handschriftenkatalog von St. Florian S. 1. — Die Vita des heilig gesprochenen Bischofs Altmann von Passau findet sich abgedruckt in den Monumenta Germ. Script. Bd. XII, p. 230 sq. Beiläufig möchte ich hervorheben, dass der Name Altmann, wenigstens in späterer Zeit, in Oesterreich und zwar speciell in St. Florian als Vorname vorkommt. Dies ergiebt eine Notiz in dem Codex 354 von St. Florian (Czerny S. 145) Bl. 130v. *Expliciunt sermones . . per manus Altmanni Angri Canonici in herczogn. Bl. 209v: Hy sermones continentur in libello scripti per me Altmanum Angrer in Newburga anno domini 1423 aetatis vero mee anno 60*“. Der Grund für diese culturhistorisch nicht uninteressante Thatsache liegt augenscheinlich darin, dass, wie sämtliche Heiligennamen als Vornamen gebraucht wurden, dasselbe auch nach der Heiligsprechung des Bischofs Altmann mit dessen Namen der Fall war. — ²⁾ Dafür, dass der Kremsmünstersche Codex aus St. Florian stammt, sind allerdings äussere Anhaltspunkte nicht gegeben. Allein es ist immerhin schon desshalb nicht unwahrscheinlich, weil St. Florian und Kremsmünster nur wenige Meilen von einander entfernt sind. — ³⁾ Wie mir der Bibliothekar von St. Florian, P. Albin Czerny, mitzutheilen die Güte hatte. — ⁴⁾ cf. S. 50, Note 2. — ⁵⁾ Dies passt nur auf Papst Innocenz III., welcher vom 8. Januar 1198 bis 16. Juli 1216 auf dem päpstlichen Throne sass. Das siebente Regierungsjahr würde also vom 8. Januar 1204 bis 8. Januar 1205 laufen. — P. Schmidt in dem S. 47, Note 4 erwähnten Katalog nimmt an, der Ordo iudic. sei „1203 oder 1204“ verfasst, was sicher unrichtig ist.

der König Philipp¹⁾ herrsche. Hieraus in Verbindung mit dem allgemein üblichen Gebrauch, in solchen Formularen auf Verhältnisse zur Zeit der Abfassung des Werkes anzuspielen, ergibt sich mit Sicherheit, dass der *Ordo iudiciarius* zwischen dem 8. Januar 1204 und dem 8. Januar 1205 verfasst²⁾ ist. Nicht viel später mag die *Summa de matrimonio* verfasst sein, zumal dieselbe in der Kremsmünsterer Handschrift als *Liber secundus* bezeichnet wird³⁾.

Zur Zeit der Abfassung aller dieser bisher erwähnten Werke (deren auf uns gekommene Handschriften durchaus den Charakter der Schriftzüge des Anfanges des 13. Jahrhunderts tragen) kann Magister Altmann noch nicht in vorgerücktem Lebensalter gestanden haben.

Wir besitzen nämlich von ihm noch ein umfangreiches Werk über die Decretalen Gregors IX., dessen Titel: „*Isagogae*“ oder „*Flores iuris*“⁴⁾ gewesen zu sein scheint. Dasselbe ist in zwei Handschriften erhalten, dem Codex der Stiftsbibl. von Florian Nr. 720⁵⁾ und dem Codex der Wiener Hofbibliothek Nr. 2228 (*Ius can.* Nr. 125)⁶⁾. Auch hier ist das Kenn-

¹⁾ Gemeint ist König Philipp (von Schwaben), welcher von 1198 bis 1208 regierte und im Jahre 1208 von dem Pfalzgrafen Otto von Wittelsbach in Bamberg ermordet wurde. Daraus, dass der guelfische Gegenkönig Otto IV. (von Braunschweig) 1198—1215 gar nicht erwähnt ist, ergibt sich mit Bestimmtheit, dass unser Magister Altmann trotz seines geistlichen Standes zur ghibellinischen Partei gehörte. Hieraus wird auch klar, warum er den Namen des Papstes nicht nennt. Innocenz III. stand bekanntlich durchaus auf Seiten Ottos von Braunschweig. — ²⁾ Da es in Vers 309 (cf. S. 50, Note 2) heisst: *cuius papatus „currit“ nunc septimus annus*, so kann man annehmen, dass die Abfassung im Jahre 1204 geschehen ist. Demgemäss habe ich das Entstehungsjahr auch in der Ueberschrift angegeben. — ³⁾ Der *Ordo iudic.* ist als *Liber Primus* bezeichnet. — ⁴⁾ Der Anfang desselben lautet:

(Rubrica) *Quis liber iste rogas? Hic iuris habes ysagogas
Adgrediar flores iuris compingere cursu.*

Ludens versifico quamvis insufficienti etc.

⁵⁾ Das Werk ist zuerst erwähnt in Hormayrs Archiv 1830, Decemberheft, wie Czerny, Handschriftenkatalog von St. Florian, angiebt, der seinerseits S. 234 die Handschrift Nr. 720 und die *Flores iuris* beschreibt, ohne jedoch den Namen des Verfassers Altmann dort zu nennen. Die St. Florianer Handschrift ist übrigens unvollständig. — ⁶⁾ Bl. 5a—81b. Die Handschrift stammt aus dem 13. Jahrhundert und ist, wie mir

zeichen der Abfassung durch Magister Altmann das Akrostichon im Prolog auf diesen Namen (cf. S. 52, Note 4).

Da die Decretalen Gregors IX. erst am 5. September 1234 publicirt worden sind und immerhin einige Jahre vergangen sein mussten, ehe Altmann zur Abfassung eines metrischen Compendiums über das neue Gesetzbuch schreiten konnte, so werden wir kaum fehlgehen, wenn wir annehmen, dass die *Flores iuris* nicht vor 1240 verfasst sind. Viel später kann ihre Abfassung nicht fallen. Denn wenn wir annehmen, dass Magister Altmann zur Zeit der Niederschrift des Ordo iudiciarius (1204) etwa 30 Jahre alt gewesen, so würde er nach 1240 in einem Alter von mehr als 70 Jahren wohl kaum noch ein so umfassendes Werk wie die *flores iuris*, welche in der Wiener Handschrift 77 grosse Octavblätter einnehmen, haben verfassen können¹⁾.

Die Wiener Handschrift, welche das vom Verfasser herührende Original der „*Flores iuris*“ enthalten dürfte, besteht, wie es scheint²⁾, ausschliesslich aus Werken des Magister Altmann. Hervorzuheben ist ausser mehreren kleineren Ge-

P. Czerny mittheilt, von St. Florian nach Wien gekommen. Gesehen habe ich die Handschrift selbst nicht, weil ich erst nachträglich durch Herrn Czerny auf dieselbe aufmerksam gemacht worden bin, und weil ich ausserdem den Inhalt für nicht wichtig genug hielt, um die Kaiserl. Deutsche Botschaft und den Vorstand der Hofbibliothek wegen Uebersendung derselben hierher anzugehen. Ich habe daher auch nicht feststellen können, ob die *Flores iuris* etwa in dem Werke „*Flores legum*“ (cf. Stintzing, Populäre Litteratur S. 120 f.) benutzt sind, oder ob letzteres mit dem bei Schulte, Rechtshandschriften der Stiftsbibliotheken zu Göttweig etc., Wiener Sitzungsberichte Bd. LVII, S. 595 ff., beschriebenen Werke in Zusammenhang steht. Stintzing nimmt an, dass die *Flores legum* in Italien entstanden sein, was ich jedoch kaum glaube. Meiner Ansicht nach sind dieselben in Deutschland verfasst.

²⁾ Der Inhalt derselben besteht nach dem Wiener Katalog (Tab. codd. ms. Vindob. Vol. II, p. 38) aus folgenden Werken (fol. 1^a vacat): 1. fol. 1^b — 3^a: Versus in celebrationem missae; fol. 3^a — 4^a: Excerpta biblica nullius momenti (4^b vacat). 2. fol. 5^a — 81^b: Decretalium Gregorii IX epitome metrica (d. h. die *Flores iuris* magistri Altmanni). 3. fol. 82^a — 85^b: Carmen de aedificatione et dedicatione. Incipit: 'Ad sacramenta metrice divina canenda'. 4. fol. 89^a — 114^b: Paraphrasis metrica Cantici canticorum. Incipit: Ardua praesumens imitari gestio Petrum etc. Die sechs ersten Verse enthalten ebenfalls ein Akrostichon auf den Namen „Altman“, wie mir Herr Czerny mittheilt.

dichten (Versus in celebrationem missae [Bl. 1^b — 3^a] und einem carmen de aedificatione et dedicatione templorum [Bl. 82^a — 85^b]) noch eine metrische Paraphrase des Hohen Liedes (Paraphrasis metrica Cantici Canticorum), welche auch in einer zweiten Handschrift erhalten ist¹⁾.

Unserem Magister Altmann sind endlich die in dem Cod. 2221 der Wiener Bibliothek²⁾ sich an die Summa de matrimonio anschliessenden Versus decretales³⁾, eine versificirte Inhaltsangabe des Decrets, zuzuschreiben, von welcher schon Schulte vermuthet hat⁴⁾, dass sie „nach der Art ihrer Bearbeitung denselben Verfasser wie die Summa de matrimonio haben müsse“. Diese Vermuthung wird zur Gewissheit durch die wörtliche Uebereinstimmung einzelner Versus decretales mit solchen aus dem Ordo iudiciarius⁵⁾.

Für die Abfassungszeit aller dieser letzterwähnten Schriften des Magister Altmann lässt sich mit Bestimmtheit ein Anhalt nicht gewinnen. Wir dürfen indessen dieselben wohl sämmtlich in die Zeit von 1200 — 1240, jedenfalls aber in die erste Hälfte des 13. Jahrhunderts verlegen⁶⁾.

IV.

Nachdem wir dergestalt einen Ueberblick über die umfassende schriftstellerische Thätigkeit des Magister Altmann gewonnen haben⁷⁾, wenden wir uns nunmehr speciell dem

¹⁾ Dieselbe befindet sich ebenfalls in St. Florian. — ²⁾ cf. oben S. 48, Note 4 u. 5. Die Versus d. stehen das. Bl. 55^v — 60^v. — ³⁾ Der Anfang: Gratia virtutes etc. ist bei Schulte im III. Beitrag (Wiener Sitzungsber. Bd. LXV) S. 29 abgedruckt. — ⁴⁾ A. a. O. S. 29. Separatabdruck S. 9. — ⁵⁾ Z. B. stimmen überein Versus decr. fol. 56, V. 17. 18 mit Ordo iud. Altmanni 643. 644 (Cod. Chr. Nr. 1, Bl. 426^v, Vers 14. 15). — ⁶⁾ P. Czerny nimmt, wie er mir mitgetheilt hat, zwei Mag. Altmann an, von denen der eine Ende des 12. Jahrhunderts, der andere in der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts gelebt habe. Diese Annahme dürfte, wie ich meine, durch die Ausführungen im Text widerlegt sein. Auch P. Czerny giebt übrigens die Möglichkeit zu, dass sämmtliche Schriften des Mag. Altmann von einer Person dieses Namens herrühren. — ⁷⁾ Es ist durchaus nicht ausgeschlossen, dass sich noch andere juristisch-populäre Schriften als vom Mag. Altmann verfasst herausstellen. Insbesondere deuten die auf S. 61, Note 3 aufgeführten, am Schluss des Ordo iudic. stehenden sechs Verse über das Mandat darauf hin, dass Mag. Altmann sich auch mit civilrechtlichen Studien beschäftigt hat.

Ordo iudiciarius desselben zu, um dessen Inhalt (IV), den Inhalt der Citate (V), Quellen (VI) und spätere Benutzung durch andere Schriftsteller (VII) genauer zu untersuchen.

Der Ordo iudiciarius behandelt lediglich den Process vor den geistlichen Gerichten, und zwar sowohl in Straf- als in Civilsachen.

Nach einer Einleitung, welche eine Disposition des Ganzen enthält (V. 1—8) und deren Wortlaut bereits mitgetheilt ist (cf. S. 49, Note 3), giebt der Verfasser in den Versen 7—19 eine kurze Uebersicht über die Processpersonen¹⁾, den Processgang und die dabei innezuhaltende Reihenfolge der Processhandlungen. Als Ausnahme wird sodann constatirt, dass der Ordo iudiciarius, d. h. also der ordentliche Processgang, nicht innezuhalten sei bei offenbaren Verbrechen (Vers 23—32), wobei im Vorbeigehen eine Streitfrage bezüglich des Begriffes der *Crimina manifesta* erledigt wird²⁾. Von Vers 30 beginnt der eigentliche Haupt-

-
- ¹⁾ V. 8. Iudicialis enim sic est formanda figura,
 9. Ut iudex actor testis reus atque patroni
 10. Ordine quisque suo dicant dicenda probentque.

²⁾ Vers 23—30:

Sed non servandus est iudiciarius ordo
 Crimina cum fuerint notoria seu manifesta
 Cum reus in iure se deliquisse fatetur,
 Aut cum culpa patens sic attestatur eundem
 Ut si forte velit, tamen haut queat inficiari.
 At quidam manifesta putant, quae cognita multis
 Etsi iudicio non sint agitata; sed illi
 Errant;

Die hier berührte Streitfrage über den Begriff des „Manifestum crimen“ findet sich auch in der *Rhetorica ecclesiastica* (Bl. 103 des Cod. Monac. 4555 — Benedictobur. 55): Relinquitur ergo quod illa tantum a iudice sint diffinienda quae tam iudici quam aliis sint manifesta nec omnia illa, sed illorum tantum ea, quae vel propria confessione vel testium approbatione fuerint nota. Unde beatus Augustinus: „Restituendus est, qui nec convictus nec confessus constat esse deiectus.“ Cui contrarium videtur illud Ambrossii: „Quae manifesta sunt accusatione non indigent.“ Unde et in glosa quadam super genesin: „Evidentia patrati sceleris non indiget clamore accusatoris.“ Item quod scribit Leo papa ad Carolum imperatorem dicens: „Quae nepos tuus commissit, accusatione non indigent, manifesta enim opera sunt eius . . .“ Videntur inquam haec capitula ei quod predictum, esse contraria, sed nul-

theil des Ordo iudiciarius. Es werden nacheinander die Processpersonen, der Richter, die Parteien und deren Vertreter, sowie die Zeugen besprochen und schliesslich das Rechtssystem erörtert.

Im ganzen zerfällt also der Ordo iudiciarius in fünf Abschnitte.

1. Der Abschnitt vom Richter (Vers 31—143) handelt
 - A) über die Arten der Richter und zwar
 - a) von den ordentlichen Richtern, den örtlichen und sachlichen Grenzen ihrer Gerichtsbarkeit und ihrer Strafgewalt (Vers 31—50);
 - b) von den Vicarien (Vers 51—53), sowie sehr ausführlich den delegirten Richtern (Vers 54—114);
 - c) vom Schiedsrichter (Vers 114—119)¹⁾.
 - B) über die Fähigkeit zum Richteramt (Vers 120—122)²⁾.
 - C) über die Gerichtsbarkeit
 - a) des Papstes (Vers 123—132);

latenus sunt, si de his, de quibus dicta sunt intellegantur; de his videlicet; quae non sunt sub negatione sed publica omnibus constat opinione Augustinus enim cum dicit: „Restituendus est etc.“ de illis tantum intendit, qui crimen suum negant nec manifesta opinione publicant etsi manifestum sit aliis. Illa ergo iudicanda sunt nec alia qualis manifesta prodat opinio vel propria confessio vel testium approbatio. — Ich citire die Rhetorica nach der mir von Herrn Geh. Rath v. Rockinger gütigst geliehenen Abschrift des Münchener Codex, welche Hofrath v. Schlichtegroll angefertigt hat; vgl. Siegel, Ordo iudic. Eilb. Brem. a. a. O. S. 541, Note 2. Dass Magister Altmann die Rhetorica eccles. gekannt hat, erscheint mir nicht wahrscheinlich. Er wird wohl hier eine andere Quelle (vielleicht Sicardus) benutzt haben.

¹⁾ Iudicis officium quoque suscipit arbiter in quem
Sic compromittunt partes, quo stetur eidem
Ac observetur sententia lata per illum.
Nil tamen hic iudex recipit iuris, nisi quantum
Compromissores in eum transfundere possunt,
Ni fors arbitrio sit delegatio iuncta.

²⁾ Iudex esse nequit anathemate quisque notatus
Nec tenet eiusdem sententia, donec ab ipso
Vinclo solvatur, si quid statuit revocatur.

Diese Kürze, bei welcher die sonstigen Unfähigkeitsgründe ganz übergangen werden, erklärt sich aus dem Zweck des Ordo iudiciarius, als einer Anleitung zur Handhabung der Gerichtsbarkeit in den geistlichen Gerichten.

- b) des Erzbischofs (Vers 133—136)¹⁾;
- c) bezüglich der sonstigen Kleriker (Vers 137—143)²⁾, wobei einige höchst interessante gewohnheitsrechtliche Abweichungen vom gemeinen Recht erwähnt werden³⁾.

2. Der zweite Haupttheil: „Von den Parteien“ (Vers 144—495) handelt

- a) von der Unfähigkeit zum Anklagen und Klagen überhaupt (Vers 144—190) und im Anschluss hieran von den Infames personae (Vers 191—229);
- b) von der Anklage selbst, wobei
 - α) zunächst die Pflicht erörtert wird, die Anklage in solchen Fällen zu unterlassen, wo das Delict nur dem Ankläger allein bekannt ist (Vers 230—239), ferner
 - β) von dem Verhalten gegenüber böswilligen und rachsüchtigen Anklägern (Vers 240—264), von der Prävarication (Vers 264—268), von der Zulässigkeit eines Vergleichs in Strafsachen (Vers 269—274),
 - γ) von den Strafen falscher Ankläger (Vers 275—285),

¹⁾ Verum pontificis scelus archiepiscopus eius
Discutit adiuncto sibimet numero duodeno
Pontificum, sed servatur sententia Petro.

(Cf. unten Note 3). —

²⁾ V. 137: Presul presbyterum non deponit, nisi iunctis
Sex sibi presulibus et levitam tribus, idem
Lectorem solus condemnat et inferiores.

V. 140: Ius scriptum loquimur, tueatur Gallia morem
Sanguinis examen, nec ad ecclesiastica spectat
Iura nec exercet illud iudex animarum
Nec clerum sisti ius est in causa forensi.

³⁾ Der Inhalt der Verse 137—143 findet sich wörtlich bei Sicardus von Cremona, Summa (ad Decretum) zu C. XV, q. 7 (abgedruckt bei Schulte, I. Beitrag zur Geschichte der Litteratur über das Decret, Sitzungsber. d. Wiener Akademie phil.-hist. Cl. Bd. LXIII, S. 348. Separatabdruck Wien 1870, S. 52). Die bez. Stelle lautet: „Quaeritur, si episcopus valeat sacerdotem deponere sine synodali audientia. Videtur quod non ex omnibus c. huius q. et nonnullis aliis scripti iuris articulis. Econtra facit Gallicana ecclesia. Resp. episcopi a XII episcopis audiantur, sed Petro depositio reservatur, presbyteri a septem, diaconi a tribus. Reliqui a suis sub praesentia tamen canonicorum deponantur episcopis. Ius scriptum loquimur suam consuetudinem Gallia tueatur“ (cf. unten Abschn. VI).

- δ) von den Fällen, wo eine Anklage nicht möglich ist (wie seitens eines Abwesenden), Vers 286—289, und wo sie nicht nothwendig ist (Vers 290—298),
- ε) von der Form der schriftlichen Anklage (Vers 299—326) — das Anklagelibell selbst ist oben S. 50, Note 2 mitgetheilt —;
- c) vom Reus.:
 - α) die Citation desselben (Vers 327—329)¹⁾,
 - β) die Strafen des Contumax in Strafsachen (Vers 330—344) und in Civilsachen (Vers 345—358)²⁾, wobei auch die Restitution (Vers 353—358) behandelt wird,
 - γ) Aufzählung derjenigen, welche nicht angeklagt oder beklagt werden können (Vers 359—364), worauf im Anschluss an die Erwähnung des Mortuus als sechs Ausnahmen die Fälle genannt werden, in welchen eine Fortführung des Verfahrens auch nach dem Tode des Reus eintritt.
- d) Von der doppelten Anklage (Vers 371—375) und hieran anschliessend Erörterung der Frage, ob und wie weit ein Civil- bzw. Strafurtheil einem anderen Civil- oder Strafurtheil präjudicare²⁾ (Vers 376—391).
- e) Von den Einreden im allgemeinen (Vers 392—406) und von der exceptio spoli im besonderen (Vers 407—464).
- f) Die dem Beklagten zu gewährenden Citations- sowie die sonstigen im Laufe des Processes vorkommenden

¹⁾ Ast ad vindictam parati criminis ille
Tunc reus edictis trinis unore citetur,
Attamen hoc unum spacium fit cum tribus equi.

Die Fristen werden unten Vers 465 ff. ausführlich behandelt. —

²⁾ Civica civili modo lis praeiudicat, ut si
Forte coheredem mihi te facis et petis a me
Quae sunt heredis, sed te mihi vendico servum.
Quaestio namque status per ius tunc discutienda.
Et modo civilis praefertur quaestio liti
Crimina quae recitat, ut si de crimine pergās
Me deferre, sed hinc te libertum mihi dicam.
Hec quoque civili praeponderat, ut pote si quis
Ex testamento sibimet legata requirat
Alter at excipiens sua falsa chirographa dicat,
Tunc cognoscetur primum de crimine falsi.

Fristen (Vers 465—495), wobei die theilweise Ausserkraftsetzung des c. 2 C. V qu. 2. Decr. durch Gewohnheitsrecht erwähnt wird¹⁾, eine Thatsache, die um so interessanter ist, als man sich bisher die aus dem Ordo iudic. Eilberti Bremensis bekannte Verlängerung der dritten Citationsfrist auf 7 Tage gegenüber der 2 tägigen Frist des can. 2 nicht zu erklären wusste²⁾.

3. Im dritten Haupttheil giebt Mag. Altmann einen Abriss der Lehre von den Processvertretern (Vers 496—539). Hierbei werden erörtert:

- a) die Unfähigkeitsgründe, wobei absolute und relative unterschieden werden (Vers 497—517);
- b) ob ein Advocat Honorar beanspruchen könne. — Diese Frage wird bejaht (Vers 517—519);
- c) in welchen Fällen Geistliche und Mönche vor Gericht auftreten können (Vers 520—539)³⁾.

4. Es folgt die Lehre von den Zeugen und in Verbindung damit die gesamte Beweistheorie (Vers 540—667).

Im einzelnen wird erörtert:

- a) Wieviel Zeugen sind nothwendig? (Vers 540—545);
- b) Unfähigkeitsgründe (Vers 546—550);
- c) Form des Zeugeneides (Vers 551—554), Fälle, in denen der Zeugeneid nachträglich geleistet wird (Vers 556 bis 561);
- d) nothwendiges Alter der Zeugen (in Civilsachen 14, in Strafsachen 24 Jahre) (Vers 562—570);

¹⁾ Vers 471—479:

Quolibet edicto laici quoque sive minores
Ex clero poterunt septem gaudere diebus
Indultis, iterumque canon iubet addere septem
Sup pena mox deinde duos bis protinus unum
Est tamen ille canon a consuetudine victus.
Nam vulgatus ita generaliter obtinet usus
Quod volet obiectum bis septem quodque dierum
Primo decurso sine poena; poena secundo
Competit edicto gravis atque gravissima summo. —

²⁾ Cf. Siegel, Ordo iudiciarius Eilberti Bremensis a. a. O. S. 551, Note 3 und unten Abschn. VI. — ³⁾ V. 520—523:

Pontificem causas raro recitare decebit
Cum miserabilium lis est aut ecclesiarum
Vel sua; qui semper aliena negotio vitet
Ni torquendorum poenam roget alleviari.

- e) worauf die Zeugenvernehmung zu richten ist (V. 572 bis 577)¹⁾;
- f) die nothwendigen Eigenschaften der Zeugen (V. 578 bis 581)²⁾;
- g) die Beweiskraft der Zeugenaussagen von Sklaven (Vers 582—584), Unzulässigkeit des Zeugnisses von gewissen Personen in gewissen Angelegenheiten (Verwandte, Patron) (Vers 585 — 602), Unterschied von Civil- und Strafsachen dabei (Vers 603—605);
- h) Ort der Zeugenvernehmung (in Civilsachen event. ausserhalb des Gerichts, in Strafsachen stets an Gerichtsstelle) (Vers 606—611);
- i) Strafen des Meineids (Vers 612—617); im Anschluss hieran wird
- k) der Reinigungseid, insbesondere der der Geistlichen³⁾,

¹⁾ V. 572. 573:

Tempus persona res gesta locusque gradusque
Concordi voto sunt testibus inspicienda.

²⁾ V. 578. 579:

Conditio sexus etas discretio fama
Et fortuna, fides, in testibus ista requires.

³⁾ Hierbei kommen folgende (theilweise in die Glossa ordin. zu den Decretalen übergegangene) Verse vor (Vers 624—651) — cf. auch unten letzter Abschnitt:

Pontificem parium manus expurget duodena
Septima presbyterum, levitam tertia, poena
626 Maior maiori, minor est statuenda minori.
Iudicis arbitrio committitur, ut moderetur
Compurgatorum numerum, quo presbiter eius
Famam purificet, infamia maxima septem
630 Poscit quinque minor res exiguissima; quod si
De clero nullum purgandus possit habere,
Compurgatores laicos asciscet honestos.
.....
638 Porro manu simpla lector se purget et infra
Credo sacerdotem partes qui nuper ad illas
640 Venit, posse manu se simpla purificare,
Cum sua finitimis non sit bene vita probata.
Attamen in placito consistunt iudicis ista
Quem plebs infamat purgabitur in manifesto
Quem chorus ante chorum sua sit purgatio presto.
Per iuramentum fieri iuratio debet



ausführlich behandelt (Vers 616—658 und 665—667) und historisch hinzugefügt, dass die purgatio vulgaris nicht mehr zulässig sei (Vers 659—664)¹⁾.

5. Der letzte Abschnitt des Ordo iudiciarius endlich behandelt das Rechtsmittelsystem (Vers 668—774) und zwar

- a) Zulässigkeit und Begriff der Appellation (Vers 668 bis 682);
- b) Fristen zur Einlegung und Rechtfertigung der Appellation und Eintritt der Rechtskraft (Vers 683—699);
- c) Nochmalige Verhandlung des Rechtsstreits in der Appellationsinstanz (Vers 699—704);
- d) Delegationsbefugniss des Appellationsrichters und Ablehnungsrecht der Parteien bezüglich eines iudex suspectus (Vers 705—715), Verfahren dabei (Vers 716—719), Form der Ablehnung eines iudex suspectus (Vers 720—723)²⁾;
- e) Unzulässigkeit der Appellation (Vers 726—774).

Im Codex Chremif. Nr. 1 folgen sodann noch unmittelbar im Anschluss an V. 774 sechs weitere Verse über die Aufhebung des Mandats, die aus einem civilrechtlichen Werke des Mag. Altmann zu stammen scheinen³⁾. —

Purgandus iurat, quod non fecit neque iussit
 645 Consiliumque dedit, sed nec favor affuit eius
 Ut fierent illa, per quae sua fama vacillat.
 Compurgatores iurant, se credere verum
 Illum iurasse, se credere pondus habere
 Debet, in hec enim fieri periuria possunt.

¹⁾ V. 659—664:

Vulgaris non est purgatio suscipienda
 Ut ferri caudentis, aquae ferventis itemque
 Vomeris igniti crudae quoque monomachiae
 Ac frigentis aquae, sed et illis proxima quaeque
 Nullus ad hec cogendus erit, quia sunt inimica
 Humani generis, eadem fabricante reperta.

²⁾ Die Recusationsformel lautet (V. 721—723):

Cum sub suspecto contendere iudice tutum
 Non sit, ego Altmannus te comperiens mihi iuste
 Suspectum, sub te nunc iudice stare recuso.

³⁾ V. 775: Hec sunt quae prohibent mandatum perpetuari
 Terminus expirans, aliis commissio facta

V. 777: Mors mandatoris, interpellatio facta

V.

Im allgemeinen ist der *Ordo iudiciarius Altmanni* lediglich auf Grund des *Decrets* und der *Compilatio prima* bearbeitet ¹⁾. Dies sollen dem Leser die am Rande zu einzelnen Versen hinzugefügten Citate erweisen. Dieselben scheinen, wie bereits oben erwähnt wurde, der Schrift nach von dem Schreiber des Textes, also nach dem vorigen von Mag. Altmann selbst herzurühren (cf. S. 49, Note 1).

Indessen muss hieran der Inhalt dieser Citate die grössten Zweifel erregen. Dieselben zeugen nämlich von grenzenloser Ungenauigkeit und verrathen zugleich eine ziemliche Unkenntniss der Eintheilung des *Decrets*.

So ist namentlich durchweg statt *Causa*: *Cap.* = *Capitulum* geschrieben; ferner ist an einer Stelle der erste Theil des *Decrets* mit dem zweiten verwechselt (in dem Citat zu V. 110 auf fol. 417^v: „*Cap. LXIII si forte quid*“, womit gemeint ist: c. 36 fin. *D. LXIII*). Weiter sind eine ganze Reihe von Citaten aus dem *Decret* unrichtig, die citirten *Canones* sind überhaupt nicht zu finden. Das Gleiche gilt bezüglich der häufig citirten *Compilatio prima*.

Um die Art und Weise der Citate zu kennzeichnen und zugleich einige Belegstellen für die erwähnten Ungenauigkeiten und Fehler anzuführen, so sei Folgendes hervorgehoben:

1. Neben V. 2 ist am Rande bemerkt: „*Cap. XI Qo. 1 de persona*“. Damit ist gemeint c. 38 *Causa XI qu. 1. Decr.*

2. Neben V. 3 steht: „*In ex de iud. ord.*“ und neben V. 46: „*In ex de iud. ord. Cum ecclesiarum*“. Ein Titel: *de iud. ord.* findet sich in keiner der *Compilationen*. Passen könnte nur der Titel: *De officio et potestate praelati et iudicis ordinarii* ²⁾.

V. 778: *Si certo fine sententia consolidatur*

Si persona detur, ut iudicet et moriatur

V. 780: *Aut quod mandatum per eundem mox revocatur.*

¹⁾ Der vollständige Abdruck desselben erschien desshalb entbehrlich. — ²⁾ T. 23 der *Compilatio prima*. Dass nur diese, nicht eine der vorbereitenden Sammlungen gemeint ist, ergibt sich aus dem Citat zu V. 50. 51: „*In ex Mandata cet.*“. Dieses passt nur auf c. 1 *Compil. I. 1, 20* bzw. c. 7 daselbst (Jaffé No. 796), während der Canon in keiner der vorbereitenden Sammlungen steht (vgl. Friedberg, *Compil. V antiquae*,

Zu dem ersten Citat fehlt der Canon gänzlich und man könnte höchstens, da das Citat bei der Einleitung steht, annehmen, dass der Autor beabsichtigt hat, auf den ganzen Titel der Compil. I hinzuweisen. Das Citat zu V. 46 hat augenscheinlich den c. 3, Compil. I 1, 23 im Auge, welcher nach der Friedberg'schen Ausgabe anfängt: Cum ab ecclesiarum. —

3. Neben V. 4 ist bemerkt „Cap. III Qo. III fere per totum“. Ein Canon dieses Anfangs findet sich überhaupt nicht; da sich jedoch zu V. 141/2 wiederum ein Citat findet: „Qo. VIII Fere per totum“, obgleich auch hier kein solcher Canon existirt, so muss man annehmen, dass der Verfasser der Citate mit dem „Fere per totum“ nicht die Anfangsworte eines Canons bezeichnen wollte, sondern nur meinte, dass sich „beinahe die ganze Quaestio“ als Belegstelle des Textes verwenden lasse. Sachlich trifft dies übrigens in beiden citirten Fällen zu.

4. Schreibfehler und sonstige Unrichtigkeiten, welche das Auffinden mehrerer citirter Stellen zur Unmöglichkeit machen, sind im Gegensatz zu der Correctheit des Textes zahlreich vorhanden, so z. B. zu V. 36: „Cap. VIII, Qo. I de persona“ soll heissen C. XI qu. 1 de persona = c. 38 C. XI qu. I; zu V. 37: „VI. Qo. II vitis“ lautet richtig C. XVI, qu. 2 c. Visis (c. 1 a. a. O.); zu V. 45: „Cap. XXXIII Qo. V Xpiana“ muss heissen C. XXXII qu. 5 c. Christiana (c. 23); zu V. 162/3: „Cap. II, Qo. III, Praevaricatores“, einen Canon dieses Anfangs giebt es nicht, es ist entweder Causa II qu. 3 Dict. Gratiani § 2 oder § 6 eod. gemeint; zu V. 182 ff. „Cap. II Qo. I: Verum accusatio“. Dieser Canon ist a. a. O. nicht zu finden.

Leipzig 1882, zu den erwähnten Canones). Dasselbe gilt von dem Citat zu V. 184/5: „In ex De iudicio Intelleximus“ = c. 9 Comp. I, 1, 21 (tit.: de iudiciis. — Alex. III Pad. ep. Ia. 9115 = c. 7, X 2, 1), der sich ebenfalls in keiner der vorbereitenden Sammlungen findet. — Die Titel der Compilatio I sind übrigens durchweg unvollständig citirt, so z. B. zu V. 205/6: „In ex De apostatis. Preterea clerici“ = c. 2 Comp. I 5, 8. Der Titel lautet dort: De apostatis et reiterantibus baptisma. Zu V. 140: „In ex titulo. Ne clerici immisceant“ = Comp. I, 1, 37. Einmal fehlt hier der Canon und ferner lautet der citirte Titel richtig: Ne clerici vel monachi saecularibus negotiis se immisceant. Das letztere Citat soll sich übrigens wahrscheinlich auf c. 6, Comp. I, 1, 37 beziehen.

Diese Beispiele liessen sich noch mannigfach vermehren.

5. Endlich fällt an verschiedenen Stellen eine eigenthümliche Citirmethode auf, welche von der üblichen und auch von dem Verfasser der Citate sonst beobachteten Art erheblich abweicht.

Zu V. 57 ist citirt „In ^aex preterea super hoc“. Ein Canon dieses Anfangs existirt in der *Compilatio prima* nicht. Dagegen findet sich ein solcher c. 5 X, 1, 29, der auch inhaltlich als Belegstelle zum Text passen würde. Da aber die *Decretalen Gregors IX.* nach der Form des Citats dem Verfasser desselben nicht vorgelegen haben können, so muss damit der 2. Abschnitt des c. 6, *Comp. I*, 1, 21 gemeint sein, so dass also hier das Citat nicht die Anfangsworte des Canons, sondern die Anfangsworte der als Beleg passenden Sätze enthält.

Dieselbe Methode erhellt auch aus dem Citat zu V. 49. 50 ¹⁾: „*Cap. XI, Qo. III Non pbr.*“ Hiermit ist gemeint c. 44, *Quomodo sacerdos C. XI, qu. 3. Decr.*, in welchem die Worte vorkommen: . . . *presbiter non alligat eos, qui insontes sunt.* Alle diese Fehler und Eigenthümlichkeiten der Citate machen es mir zur Gewissheit, dass Magister Altmann nicht der Verfasser derselben gewesen sein dürfte ²⁾.

Denn aus seinem *Ordo iudiciarius* selbst ergibt sich ein tiefes Verständniss der in den Versen vorgetragenen Rechtsätze und eine bei weitem vielseitigere Benutzung der Quellen, als dies in den Citaten zum Ausdruck kommt. —

VI.

Magister Altmann hat bei Abfassung seines *Ordo iudiciarius* in erster Linie den *Ordo iudiciarius Eilberti Bremensis* benutzt ³⁾.

¹⁾ Vers 50, an dessen Rand das Citat steht, lautet:

Sollerter caveant, insontem quemque ligare.

²⁾ Nach meiner Ansicht ist der Verfasser der Citate irgend einer jener „Halbwisser“ gewesen, welche durch ihre oberflächliche und ungenügende Quellenkenntniss so viel zum Verfall der Rechtswissenschaft im spätern Mittelalter beigetragen haben. Dafür, dass Mag. Altmann nicht der Verfasser der Citate ist, spricht auch der oben (S. 49, Text zu Note 1) erwähnte Umstand, dass die Citate in der 2. Hälfte des *Ordo iudiciarius* gänzlich fehlen. — ³⁾ Cf. oben S. 46, Note 6.

Die ganze Anlage seines Werkes stimmt mit der von Siegel dargelegten Disposition derart überein, dass ein Zweifel daran nicht gut möglich ist¹⁾.

Allerdings ist wiederum der Ordo iudic. Eilberti Bremensis inhaltlich der sogen. Rhetorica ecclesiastica so ähnlich, dass Mag. Altmann ebenso gut aus letzterer Schrift geschöpft haben könnte.

Allein dagegen spricht vor allem der Umstand, dass der Verfasser des Ordo iudiciarius Eilberti, wie sich aus dem Werke desselben ergibt, in engen Beziehungen zu dem Bischof Wolfker von Passau gestanden hat und daher, da St. Florian zur Diocese Passau gehörte, der zwischen 1191 und 1204²⁾ verfasste Ordo iudiciarius Eilberti unserem Mag. Altmann viel eher bekannt gewesen sein kann, als die Rhetorica Ecclesiastica³⁾.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass Mag. Altmann die poetische Form seines Ordo iudiciarius — augenscheinlich im Hinblick auf den Ordo iudiciarius Eilberti — als etwas Selbstverständliches und Uebliches behandelt, während Eilbert in seiner Vorrede dieselbe ausdrücklich zu motiviren versucht.

Im einzelnen sind zwischen dem Ordo iudiciarius Altmanni und dem des Eilbert natürlich viele Abweichungen zu constatiren, wie denn der Ordo iudiciarius Altmanni den Eilberts beinahe um die Hälfte an Umfang übertrifft.

Magister Altmann hat sich indessen mit der Benutzung dieses einen Werkes augenscheinlich nicht begnügt, sondern hat auch die sonstige Litteratur fleissig zu Rath gezogen.

Dies lässt sich namentlich in recht eclatanter Weise be-

¹⁾ Dies ergibt ohne weiteres die Vergleichung der oben sub IV gegebenen Inhaltsangabe des Ordo iudiciarius Mag. Altmanni mit der des Ordo iud. Eilberti bei Siegel a. a. O. S. 538 ff. — ²⁾ Da als Abfassungszeit des Ordo iud. Altmanni das Jahr 1204 mit ziemlicher Sicherheit constatirt werden konnte, so wird der Ordo iud. Eilberti wohl spätestens ca. 1200 verfasst sein, falls unsere obige Annahme richtig ist, dass Altmann das Werk Eilberts benutzt hat. — ³⁾ Der Entstehungsort der Rhetorica ecclesiastica steht nicht fest, doch dürfte er in Deutschland oder Ostfrankreich zu suchen sein. In der Münchener Handschrift wird in den Formularen von dem Augustensis episcopus bezw. von dem subditus desselben gesprochen, während in der Wiener Handschrift stets der Remensis episcopus erwähnt wird.

züglich der Summa des Sicardus von Cremona¹⁾ nachweisen. — Die Stelle V. 140 (cf. oben S. 57, Note 2): „ius scriptum loquimur, tueatur Gallia mores“ ist wörtlich der Summa Sicardi (cf. oben S. 57, Note 3) entnommen.

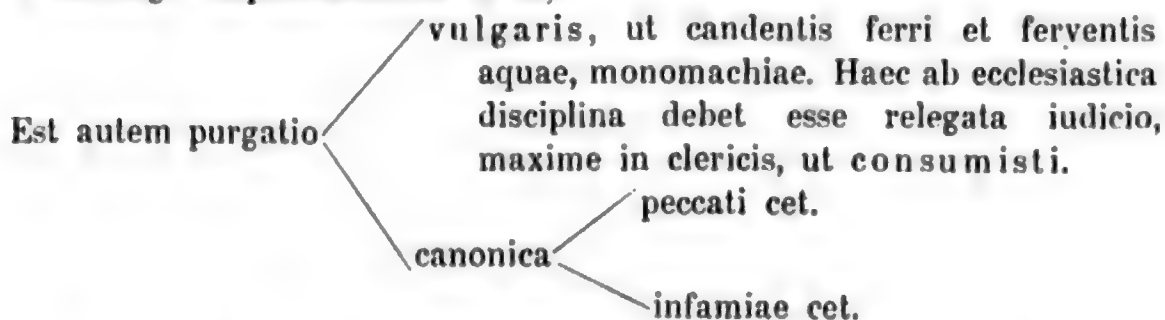
Ein weiteres Beispiel bieten die Verse 659 ff. des Ordo iudiciarius Altmanni (cf. oben S. 61, Note 1). Dieselben stimmen auffällig mit dem Schema Sicards überein²⁾.

Endlich habe ich eine Benutzung der Summa ad D. Sicards auch noch constatiren können in den Versen 624—651 des Ordo iudiciarius (cf. oben S. 60, Note 3)³⁾.

Von sonstigen (älteren) Schriften könnte Mag. Altmann auch noch die von Gross herausgegebene Summa legum benutzt haben⁴⁾. Indessen sind die zwischen beiden Werken ob-

¹⁾ Sehr wahrscheinlich scheint, dass sowohl Eilbert als der Verfasser der Rhetorica ecclesiastica die Summa Decreti des Sigehart (Sicardus) von Cremona gleichfalls benutzt haben. Zu beachten ist dabei, dass Sicardus sich längere Zeit in Mainz aufgehalten hat, wie dies aus der Einleitung seines Werkes hervorgeht (Schulte, I. Beitrag. Wiener Sitzungsberichte Bd. LXIII, S. 343, Separatabdruck S. 45: „Ego vero Sychardus Cremonae filius natione et Moguntine ecclesiae filius spiritualis translatione etc.“ und ebenso am Schluss (cf. Schulte, Litteraturgeschichte Bd. I, S. 143, Note 2). Hierdurch erklärt sich seine vorzügliche Benutzung durch die deutschen populären Schriftsteller des 13. Jahrhunderts. Vgl. im übrigen über Sicardus auch noch v. Schulte, Litteraturgeschichte Bd. I, S. 143 f., wo die einzelnen Daten seines Lebens und der Abfassung seiner Werke genauer festgestellt sind. —

²⁾ Die betr. Stelle Sicards lautet (nach dem Abdruck bei Schulte, I. Beitrag. Separatabdruck S. 52):



³⁾ Die Worte Sicards lauten (nach Hildenbrandt, D. Purgatio canonica und vulgaris, München 1841, S. 187): Numerus compurgantium est in arbitrio iudicantium; v. omnibus. Rationabiliter autem episcopus cum XII, sacerdos cum VII aut V, diaconus cum tribus v. si legitimi. de subdiacono et infra non invenimus expressum, credo ergo, quod propria manus et sola sufficiat. compurgatores iurare debent, se illius vitam et mores tales agnoscere, ut credant, ita esse, ut principalis persona iuravit. — ⁴⁾ Vgl. oben S. 61, Note 3 mit Gross S. 209 f., § 5.

waltenden Aehnlichkeiten zu allgemeiner Natur, als dass sich daraus mit Sicherheit ein Schluss ziehen liesse¹⁾).

VII.

Während Siegel bezüglich des Ordo iudiciarius Eilberti Bremensis mit Recht sagen durfte, dass von einer nachhaltigen Wirkung desselben keine Rede gewesen und dass ihm in der Wissenschaft des 13. und 14. Jahrhunderts ein Andenken nicht bewahrt worden sei, kann bei dem Ordo iudiciarius Mag. Altmanni eine fortdauernde Wirkung auf die spätere Litteratur nachgewiesen werden.

Zwar der Name des Autors ist bald verschollen, aber seine Verse erhielten sich fort.

So sind die Verse über die Zahl der Eideshelfer beim Reinigungseid der Geistlichen in die Glossa ordinaria zu den Decretalen Gregors IX. übergegangen²⁾. Dieselben sind dort mit der Sigle Lau. bezeichnet, was darauf deutet, dass Laurentius Hispanus³⁾ bei Abfassung seines Apparats zum Decret oder zur Compilatio I den Ordo iudic. Mag. Altmanni benutzt hat.

Damit ist zugleich erwiesen, dass der Ordo iudic. nach Italien hinübergedrungen ist.

Die Benutzung unseres Ordo iudiciarius namentlich durch processualistische italienische Schriftsteller erhellt daraus, dass sich die V. 578. 579:

Conditio sexus etas discretio fama

Et fortuna fides in testibus ista requires

wörtlich sowohl bei Damasus Summa de ordine iudiciario⁴⁾, als auch bei Tancred⁵⁾ finden. Damasus hat sogar die ganze

¹⁾ Hingewiesen mag darauf werden, dass in dem Wiener Codex Nr. 2221 sich an d. Summa legum der Ordo iudic. Eilberti anschliesst und diesem unmittelbar die Medulla matrimonii und die versus decretales des Magister Altmann folgen. — ²⁾ V. 624. 625 und 643. 644 cf. oben S. 60, Note 3. Pontificem parium manus expurget duodena etc. Dieselben finden sich in der Glosse zu c. 10, X de purg. can. (vgl. Stintzing, Populäre Litteratur S. 141, wonach sie auch im Vocabularius utriusque iuris enthalten sind, und Siegel a. a. O. S. 531). — ³⁾ Vgl. über diesen Schriftsteller v. Schulte, Litteraturgeschichte Bd. I, S. 190 f. — ⁴⁾ Damasus, Ordo iud. ed. Wunderlich p. 98. — ⁵⁾ Tancred, Ordo iud. ed. Bergmann p. 225.

Disposition des Abschnittes über die Zeugen nach den einzelnen Worten der Verse eingerichtet ¹⁾).

Die erwähnten Verse des Ordo iudic. Altmanni finden sich endlich auch in allen Handschriften des sog. Ordo iudic. Iohannis Andreae ²⁾, wobei bemerkt werden mag, dass in einer späteren Redaction desselben der den einzelnen Worten der Verse entsprechende Abschnitt aus Damasus herübergenommen worden ist ³⁾).

Nehmen wir die Thatsache als erwiesen an, dass der Ordo iudic. Mag. Altmanni bei Abfassung des fälschlich dem Ioannes Andreae zugeschriebenen Processwerkes benutzt worden ist, so dürfte sich daraus vielleicht eine Aufklärung darüber gewinnen lassen, wie es gekommen ist, dass der Ordo iudic. Antequam dicatur dem Ioannis Andreae zugeschrieben werden konnte. In dem sogen. Ordo iudiciarius Io. Andreae ist der Name Io. Andreae in den Manuscripten fast niemals ausgeschrieben ⁴⁾. Er wird vielmehr stets abgekürzt Io. An. ⁵⁾).

In neuester Zeit ist nun von Prof. Tamassia zu Padua ein Ordo iudiciorum des Ioannes Bassianus (abgekürzt Io. b.) aufgefunden worden ⁶⁾, dessen veröffentlichter Theil eine so starke Aehnlichkeit mit dem entsprechenden Theil des Ordo iud. Ioannes Andreae aufweist ⁷⁾, dass die Vermuthung

¹⁾ In der Glosse Tempore zu c. 37, X, 2, 20 finden sich die abweichenden Verse:

Auditus visus persona scientia causa

Fama locus tempus ac certum credulitasque

Dum testes recipit iudex hec cuncta notabit.

²⁾ Vgl. Stintzing, Populäre Litteratur S. 207. — ³⁾ Vgl. den Abdruck aus dem Liber plurimorum tractatum (Ausgaben von 1494 und 1510) bei Horn, Ioan. Andreae Processus iudiciarius, München 1837, S. 37 f. mit Damasus, Summa tit. 60 ed. Wunderlich S. 98. — ⁴⁾ Besonderer Belegstellen dafür bedarf es wohl nicht (vgl. über den Ordo iud. Io. Andreae auch noch Schulte, Litteraturgeschichte Bd. II, S. 225). — ⁵⁾ Vgl. Stintzing, Populäre Litteratur S. 208 f. 211. — ⁶⁾ Aus dem Cod. Ms. 1475 der Universitätsbibliothek zu Padua angezeigt und theilweise publicirt in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Roman. Abth. Bd. VII (1886), S. 139 ff. — ⁷⁾ Dies wird folgende Zusammenstellung der §§ 2—5 des Ordo iudiciarius Ioannis Bassiani mit der Einleitung des sogen. Ordo iud. Io. Andreae beweisen:

durchaus gerechtfertigt scheint, der Ordo iud. Io. Bassiani

Ordo. iud. Ioan. Bassiani
(ed. Tamassia).

§ 2. Iudicium vocatur nihil aliud, quam actus legitimus trium personarum sive iudicis auctoris (wohl Druckfehler für actoris) et rei. Nam testes licet plurimum in iudiciis utpote necessarii producuntur, et sine his tamen potest esse iudicium

§ 3. Iudicum alii sunt ordinarii, alii delegati. Ordinarius est, qui principaliter a dño papa vel a domino principe iurisdictionem habet, non specialem delegationem ad causam.

§ 4. Sed papa interdum eligit iudicem, interdum electionem confirmat

§ 5. Ordinarius iudex est, qui dignitatis nomine gaudet, cuius ratione potest aliquam causam cognoscere, ut archidiaconus, episcopus, archiepiscopus, preses praetor.

Ordinariorum quidam sunt minores et vocantur clarissimi, quidam medii et dicuntur spectabiles, quidam maximi et dicuntur illustres.

sogen. Ordo iud. Io. An.

§ 1. Iudicium est actus trium personarum id est iudicis, actoris et rei in iure consistentium.

[§ 2. Einschiebsel: Alie personę etiam quinque sunt necessarie in iudicio, ut testis advocatus assessor, procurator et auditor.]

§ 3. Tres sunt species iudicum: Ordinarii, delegati, arbitri.

Ordinarii sunt iudices qui habent iurisdictionem propriam, ut episcopi, prepositi, decani.

Ein Commentar zum Ordo iud. Io. An. aus dem 14. Jahrhundert im cl. m. Monac. 16122 bemerkt zu § 3:

„Ordinarii iudices dicuntur illi qui eliguntur a domino apostolico vel imperatore vel etiam pro successione in ordinariam dignitatem. Statim quando sunt electi pro successione (et) intraverunt talem dignitatem habent potestatem iudicandi. Et isti vocantur iudices ordinarii.

Et isti sunt maiores et minores, maiores ut episcopi, minores ut prepositi decani et huiusmodi.“

Den Ordo iudiciarius Io. Andreae habe ich nach der Ausgabe der ältesten Handschrift von Rockinger in den Quellen zur bayr. und dtsch. Geschichte Bd. IX, Abth. 2, S. 985 ff. citirt, woselbst auch die aus dem Commentar angeführte Stelle abgedruckt ist. Dass in beiden Ordines iudic. nur drei Personen zur Constituirung des Iudicium erfordert werden (cf. oben §§ 2 und 1), ist um so bemerkenswerther, als in c. 1 C. IV qu. 4 Decr. es ausdrücklich heisst: . . in omni iudicio quatuor personas necesse est esse. Die Dreitheilung ist von Io. Bassianus wahrscheinlich dem Bulgarus entlehnt (ed. Wunderlich p. 20). Sie findet sich auch in der Summa Bambergensis (Schulte in d. Wiener Sitzungsber. Bd. LXX, p. 32). Bei Petrus Exc. L. R. werden fünf Personen für noth-

sei die Hauptquelle des sogen. Ordo iudic. Io. Andreae¹⁾).

Nimmt man nun weiter an, dass neben dem Ordo iud. Io. Bass. auch der des Mag. Altmann benutzt sei, und erwägt man, dass der Name Altmann als Abkürzung sehr gut mit A. oder An. bezeichnet worden konnte, so wird man es nicht unwahrscheinlich finden, dass der anonyme Verfasser des sogen. Ordo iud. Io. Andreae diesen bezeichnet hat als Ordo iudic. Io. (nämlich Ioannis Bassiani) et An. (nämlich Altmanni), woraus dann die Bezeichnung Ordo iud. „Io. An.“ entstanden ist, welche Sigle in späterer Zeit nur auf den berühmten Ioannes Andreae gedeutet werden konnte, während der wirkliche Johannes Andreae mit dem in Deutschland verfassten Ordo iudiciarius: „Antequam dicatur“ niemals etwas zu thun gehabt hat.

Zum Schlusse sei es mir gestattet, den Herren, welche mir bei meiner Arbeit durch Uebersendung von Handschriften und auf sonstige Weise hülffreiche Hand geleistet haben, insbesondere dem kk. Wirklichen Geheimen Rath und Minister Herrn Dr. Freiherrn von Pražák und Herrn Hofrath Prof. Dr. Maassen zu Wien, dem Herrn Prälaten Leonardus, Abt von Kremsmünster, den Bibliothekaren P. Hugo Schmidt zu Kremsmünster und P. Albin Czerny zu St. Florian, dem Vorstand der kk. Hofbibliothek zu Wien und Herrn Geheim-

wendig erklärt (Savigny, Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter, Bd. 2 [2. Ausgabe], S. 406). In dem Ordo iud. Tancreds wird die Frage gar nicht berührt. Daher kann der Verfasser des Ordo iud. Io. An. aus letzterem die Dreitheilung nicht geschöpft haben. Der Ordo iud. Eilberti und die Rhetorica eccl. haben die canonistische Viertheilung.

¹⁾ Ein abschliessendes Urtheil wird sich erst ermöglichen lassen, wenn Herr Prof. Tamassia die a. a. O. in Aussicht gestellte Publication des gesammten Textes des Ordo iud. Io. Bassiani erscheinen lassen wird. Möchte dies recht bald der Fall sein! — ²⁾ Ich kann somit nur Schulte, Litteraturgeschichte Bd. II, S. 226 zustimmen, welcher die Meinung Stintzings, Populäre Litteratur S. 205 ff., bes. S. 210. 211 bekämpft, Johannes Andreae habe über den ursprünglich in Deutschland verfassten Ordo iudiciarius in Valence Vorträge gehalten. Wer die Geneigtheit des Mittelalters kennt, verbreitete Werke berühmten Personen ohne weiteres zuzuschreiben, wird die oben im Text angedeutete Möglichkeit begreiflich finden.

rath Prof. Dr. v. Rockinger zu München, öffentlich meinen Dank auszusprechen ¹⁾).

¹⁾ Der Herr Abt von Kremsmünster sandte mir den Codex Nr. 1 der Stiftsbibliothek, der Vorstand der Wiener Hofbibliothek den Cod. palat. Vindob. Nr. 2221 nach meinem damaligen Wohnort Glogau, während Herr Geh. Rath v. Rockinger mir nicht nur die *Rhetorica ecclesiastica* in der schon von Siegel benutzten Abschrift, sondern auch seine gesammten, theilweise noch unedirten Collationen der Münchener Handschriften des Ord. iud. Io. An. zur Verfügung stellte und deren Benutzung gestattete.

Berichtigungen. S. 48 in Note 2 dieser Abhandlung muss es heissen statt 428: 416, und statt Quinio: Quinternio.

III.

Das erzwungene Testament.

Von

Herrn Professor **O. Lenel**

in Strassburg i. E.

Die Frage, welches das rechtliche Schicksal des erzwungenen Testamentes ist, gehört bekanntlich zu den bestrittensten des römischen Erbrechts. Die Quellen lassen uns anscheinend so gut wie im Stich. Zwar enthalten Digesten wie Codex einen Titel „Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit“ — D. (29. 6), C. (6. 34); allein die Rubrik verspricht mehr, als der Inhalt der Titel hält: in dem Digestentitel ist von dem Fall „si coegerit“ gar nicht die Rede, und aus dem Codextitel erfahren wir nur, dass über das erzwungene Testament eine „civilis disceptatio“ möglich war¹⁾, über deren Natur leider kein näherer Aufschluss gegeben wird. So darf es nicht Wunder nehmen, dass in der Litteratur alle überhaupt nur denkbaren Ansichten Vertretung gefunden haben²⁾: Nichtigkeit, Anfechtbarkeit, vollkommene Giltigkeit des Testamentes,

¹⁾ C. 1 cit. — ²⁾ S. die Litteraturübersicht in Windscheids Pandekten § 548, n. 2.

Indignität des Zwingenden — keiner Auffassung hat es an Vertheidigern gefehlt, und es scheint keinerlei Aussicht auf Einigung zu bestehen. Und doch giebt es vielleicht einen ebenen und naheliegenden Weg zur Schlichtung der Controverse, der bis jetzt noch nicht betreten worden ist. Ich habe diesen Weg schon früher gelegentlich angedeutet, aber an so verborgenem Orte ¹⁾, dass die Andeutung unbeachtet blieb und bleiben musste. So mag es denn gestattet sein, auf die Frage hier in eingehenderer Ausführung nochmals zurückzukommen.

Als Ausgangspunkt dient mir der Satz, dass nach Civilrecht das erzwungene Testament vollkommen giltig gewesen ist. Wenn es keinem Zweifel unterliegt, dass das Civilrecht die durch Zwang zu Stande gekommenen Formalgeschäfte unter Lebenden als vollgiltig behandelte, so ist nicht abzu- sehen, warum diese Anschauung nicht auch beim Testament zur Geltung gelangt sein sollte. Nahm das Civilrecht dort auf den Umstand, dass das formell tadellose Geschäft auf durch Drohungen erregte Furcht zurückging, keine Rücksicht, so hatte es hier nicht die geringste Veranlassung zu abweichender Regelung. Im Gegentheil ist anzunehmen, dass das Bedürfniss solcher abweichenden Regelung sich bei Geschäften unter Lebenden energischer geltend gemacht haben wird als bei dem Testamente. Denn dessen beliebige Widerruflichkeit bot gegen die Unbilligkeit des civilrechtlichen Grundsatzes ein Correctiv, das bei Geschäften unter Lebenden fehlte. Dass trotzdem erzwungene Testamente vorkommen konnten, bei denen die Möglichkeit des Widerrufs nicht gegeben war, liegt freilich auf der Hand; aber es handelte sich um verhältnissmässig seltene Fälle, und so spricht alle Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Forderungen der Aequitas sich gegenüber dem ius strictum hier zum mindesten nicht früher durchsetzten, als bei Geschäften unter Lebenden. Der Prätor wird es gewesen sein, der hier wie dort Abhülfe gewährte. Welches Mittels bediente er sich zu diesem Behufe? Nicht wenige Schriftsteller nun denken hier an eben die Rechtsmittel, durch die der Prätor erzwungene Geschäfte unter Lebenden entkräftete: die *restitutio propter metum*, die *actio metus causa*,

¹⁾ Edictum perpetuum S. 288, n. 8.

die *exceptio metus*. Ich halte diesen Gedanken für durchaus abwegig; die entscheidenden Gegengründe sind längst erkannt und hervorgehoben worden; Bedenken muss namentlich erregen, dass jene Rechtsmittel, die sonst nur dem Gezwungenen selbst oder dessen wirklichem Erben zustehen, hier denjenigen zugestanden werden müssten, die ohne den Zwang Erben des Gezwungenen geworden wären. Für die Annahme einer solchen Anomalie wäre überzeugender Quellenbeweis zu fordern; von solchem Beweise ist aber überhaupt keine Rede: die Quellen handeln in den betreffenden Abschnitten durchaus nur von Geschäften unter Lebenden. Man wird also an ein anderes Mittel prätorischer Hülfe denken müssen, und es ist wunderbar genug, dass man, befangen in dem Gedanken an die erwähnten Anfechtungsmittel, bei Behandlung dieser Frage allgemein vergessen zu haben scheint, auf welchem Wege der Prätor sonst, wo er in die civile Erbfolge abändernd eingreifen wollte, dies durchzusetzen pflegte. Es war dies nicht der Weg der Restitution, nicht der einer arbitratischen Anfechtungsklage, es war bekanntlich der der Ertheilung und Verweigerung der *bonorum possessio*. Wenn ein emancipirter Sohn im Testament präterirt ist, gewährt ihm der Prätor etwa eine *restitutio propter capitis deminutionem* wider das Testament? Er gewährt ihm die *bonorum possessio contra tabulas*. Es spricht die höchste Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Prätor, wenn er in der That, wie wir annehmen, das erzwungene Testament missbilligte und zu entkräften bezweckte, zu diesem Behufe einfach edicirte, er werde aus demselben keine *bonorum possessio* ertheilen.

Wir sind zu der obigen Vermuthung durch allgemeine Erwägungen gelangt, indem wir die Quellen einstweilen bei Seite liessen. Sind diese letzteren nun in der That für unsere Frage so unergiebig, wie man einstimmig zu behaupten pflegt? Ich glaube im Gegentheil nachweisen zu können, dass sie jene Vermuthung in ganz entscheidender Weise unterstützen. Es ist allgemein anerkannt, dass die weitaus meisten Digestenrubriken von den Compilatoren nicht selbständig verfasst, sondern den excerpirten Schriften entnommen worden sind. Am wenigsten kann dies bei der Rubrik des Titels (29. 6) „*Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit*“ einem Zweifel

unterliegen, da diese durch die Worte „vel coegerit“ über den Inhalt des Titels selbst hinausgreift, also nicht mit Rücksicht auf diesen Inhalt verfasst sein kann. Welchen excerptirten Schriften nun entstammt die Rubrik? Der Titel besteht aus drei Fragmenten; die beiden ersten und umfangreichsten, in denen der Fall „si quis aliquem testari prohibuerit“ ex professo besprochen wird, gehören den Edictcommentaren des Ulpian und Paulus an — Ulp. 48, Paul. 44; sie sind der eigentliche Sitz der Materie; die dritte aus Papinians lib. 15 resp. enthält nur eine zusätzliche Bemerkung und stellt offenbar nicht den civil-, sondern den strafrechtlichen Gesichtspunkt in den Vordergrund¹⁾. Die Rubrik ist hiernach sicherlich jenen Edictcommentaren entlehnt, und da die Rubriken der Edictcommentare, soweit sie nicht einfach aus dem Edict übernommen wurden, doch stets dem Inhalt der betreffenden Edictsabschnitte zu entsprechen pflegen²⁾, so werden wir mit zwingender Nothwendigkeit zu der Annahme geführt, dass der Prätor die beiden Fälle „si prohibuerit“ und „si coegerit“ in einem Edict neben einander ordnete. In welchem Abschnitt seines Albums? Die Inscriptionen Ulp. 48 und Paul. 44 verweisen auf den Titel de bonorum possessionibus (Ulp. 39—49, Paul. 41—44 ad edict.); sie verweisen speciell auf die Rubrik „Quibus bonorum possessio non competit“. Diese Rubrik ist uns ebenfalls in den Digesten überliefert, als Ueberschrift des Titels (38. 13); sie umfasste verschiedene Fälle, die ich in meinem Edictum perpetuum (§ 163) zusammengestellt habe, und namentlich den, wenn jemand einen andern dolos an Veränderung eines Testamentes verhindert hatte, also einen unter unser Edict gehörigen Fall³⁾; gerade auf diesen bezieht sich das einzige Fragment des erwähnten Digestentitels; es ist aus Julians lib. 28 dig., welches Buch den angeführten

¹⁾ Wegen ihres ursprünglichen Zusammenhangs vgl. meine Palinogenesie (Papin. fr. 727). — ²⁾ Ich sehe hier ab von umfangreichen systematischen Einschiebseln, wie sie sich im Edictcommentar des Paulus finden (vgl. namentlich die Besitzlehre bei Paul. 54). Dass es sich bei dem Titel, der uns beschäftigt, um ein solches Einschiebsel nicht handelt, steht fest; vgl. Julian. 28 dig. (38. 13) 1: hic casus verbi edicti non continetur. — ³⁾ Nämlich unter die Kategorie „si prohibuerit“: cf. D. (29. 6) 1 § 1. 2.

Büchern 48 und 44 der grossen Edictcommentare parallel läuft. Nach alledem darf mit grosser Zuversicht behauptet werden, dass der Prätor — und zwar wahrscheinlich unter der Rubrik „*Quibus bonorum possessio non competit*“ — ein Edict erlassen hat, worin er sowohl für den Fall „*si prohibuerit*“, wie für den „*si coegerit*“ die *bonorum possessio* ausdrücklich versagte.

Untersuchen wir nun, wie sich auf Grund eines solchen Edicts die Rechtslage bei erzwungenem Testament gestalten musste, indem wir vorerst voraussetzen, dass anderweite gesetzliche Anordnungen über das erzwungene Testament — etwa durch Kaiserconstitutionen — nicht bestanden, dass ferner der Prätor die *bonorum possessio* nur demjenigen selbst versagt habe, von dem der Zwang ausgegangen. Jenes Edict hinderte selbstverständlich den Zwingenden nicht, dennoch aus dem erzwungenen Testament die *b. p. secundum tabulas* zu agnosciren. Allein diese Agnition musste, weil nicht „*ex edicto*“ geschehen, rechtlich völlig unwirksam bleiben. Die Delation der *b. p.* erfolgte von vornherein gar nicht an ihn, sondern an diejenigen, die, abgesehen von dem erzwungenen Testament, berufen gewesen sein würden, d. h. an die Intestat-erben oder an die in einem früheren Testament Eingesetzten. Was letztere angeht, so scheint ihrer Berufung freilich der Wortlaut des Edicts über die *b. p. s. t.* zu widersprechen, worin die *b. p.* nur „*secundum supremas tabulas*“ verheissen wird, vgl. D. (37. 11) 1 § 1; allein es ist doch wohl schwerlich allzu kühn, wenn ich annehme, dass der Prätor dem Testament, aus dem er die *b. p.* verweigerte, auch keine *casatorische* Wirkung beilegte. Diese *ex edicto* Berufenen drangen also mit dem *interdictum quorum bonorum* gegen den Zwingenden, wenn dieser im Besitz war, durch; er dagegen konnte sich jenes *Interdictes* weder gegen sie noch gegen Dritte bedienen, da ihm die *b. p.*, wenn auch thatsächlich ertheilt, doch nicht, wie es das *Interdict* verlangt, „*ex edicto*“ ertheilt war. Ebenso wenig stehen ihm die *actiones ficticiae* des *bonorum possessor* zu: stellt sich der Sachverhalt schon in *iure* heraus, so werden sie ihm *denegirt*; ist der Sachverhalt bestritten, so inserirt der Prätor in die Formel die *exceptio* „*si A° A° ex edicto meo bonorum possessio data*

est“¹⁾), die zur Absolution des Gegners führt. Wie aber, wenn das erzwungene Testament den civilen Erfordernissen entspricht, der Zwingende also in der Lage ist, als civiler heres aufzutreten? wird der Prätor ihm die civilen Klagen ohne Anstand ertheilt haben? Ich halte das Gegentheil für zweifellos; die Missbilligung des geübten Zwanges musste den Prätor mit innerer Nothwendigkeit auch zur Verweigerung der civilen Actionen führen. Kurz, es ergibt sich, dass der Prätor die erzwungene Erbeinsetzung aller und jeder Wirksamkeit beraubte; sie ist iure praetorio nichtig.

Sehen wir nun zu, ob nicht die obigen Aufstellungen in den Bruchstücken Bestätigung finden, die uns von den Commentaren zu dem uns beschäftigenden Edict erhalten sind. Allerdings handeln diese Reste, wie bekannt, nur von dem Fall „si prohibuerit“, nicht von demjenigen „si coegerit“. Wenn es aber wahr ist, dass beide Fälle in dem gleichen Edict unter der gleichen Rubrik geordnet waren, so ist bei der inneren Aehnlichkeit der beiden Fälle ein Analogieschluss von der Behandlung des einen auf die des anderen sicherlich gestattet. Bei der Betrachtung jener Bruchstücke nun springen sofort zwei bemerkenswerthe Thatsachen in die Augen. Einmal: der einfache, nächstliegende Fall, wo jemand einen anderen im unmittelbaren eigenen Interesse an der Errichtung eines Testamentes verhindert hat, ist in den erhaltenen Fragmenten ebenfalls nicht behandelt, so wenig wie der Fall „si coegerit“; es werden vielmehr bei Ulpian wie bei Paulus sogleich Fälle erörtert, die nur im Wege ausdehnender Interpretation unter das Edict gebracht werden konnten: wenn jemand den Schreiber oder die Testamentszeugen am Kommen verhindert oder die Abänderung eines Testamentes verhindert hatte, in dem nicht er selbst, sondern sein nachher freigelassener Sklave zum Erben eingesetzt war; zur Rechtfertigung der Entscheidung im erstgedachten Fall beruft sich denn auch Ulpian auf eine Constitution Hadrians. Zweitens: in diesen

¹⁾ Die Existenz dieser bis dahin übersehenen exceptio habe ich in meinem Ed. perp. (§ 67 a. E.) aus allgemeinen Gründen behauptet; dass sie in den Quellen als exceptio honorum possessionis non datae ausdrücklich bezeugt ist — D. (44. 1) 20 a. E. —, habe ich erst inzwischen bemerkt.

Fragmenten, die ganz zweifellos dem Titel *de bonorum possessionibus* angehören, ist gleichwohl von der *bonorum possessio*, ihrer Ertheilung oder Verweigerung, mit keiner Silbe die Rede; als Rechtsfolge der zwangsweisen und überhaupt dolosen Verhinderung an der Testamentserrichtung wird durchaus nur namhaft gemacht, dass dem Schuldigen die „*actiones*“ denegirt werden, sein Erbtheil aber an den *Fiscus* fällt. Auch in dem hierher gehörigen Fragment *Julians* — (38. 13) 1 —, das doch unter der Rubrik „*Quibus non competit bonorum possessio*“ steht, wird dennoch nur von *denegatio actionum*, nicht *bonorum possessionis* gesprochen. Beide auffallenden Erscheinungen nun beruhen sicher nicht auf Zufall, sondern deuten auf bewusstes Eingreifen der *Compiler*. Diese, als sie die Rubrik „*Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit*“ aus dem äusseren Zusammenhang der *bonorum possessio* loslösten und in den *Digestenabschnitt* von den Testamenten versetzten, wollten dabei zugleich den inneren Zusammenhang mit der *bonorum possessio* lösen, den bei den *Commentatoren* hervorgehobenen Gegensatz zwischen *civilem* und *prätorischem* Rechte verwischen und den *excerpirten* Stellen Beziehung auf die Erbfolge überhaupt, das „*successionis compendium*“, wie *Diocletian* in c. 2 h. t. sagt, geben. Diesem Bestreben fielen diejenigen Stücke der *Commentare* zum Opfer, in denen jener Gegensatz *ex professo* berührt, die Beziehung der einschlagenden Rechtssätze zur *bonorum possessio* prägnant hervorgehoben war. Das waren aber naturgemäss gerade die Abschnitte, in denen das *Edict* selbst seinem Wortlaut nach erläutert wurde, und daher kommt es, dass uns von dem Fall „*si coegerit*“ nichts, von dem Fall „*si prohibuerit*“ nur die ausdehnende Interpretation überliefert ist. Aufgenommen wurden nur die Stellen der *Commentare*, die man entweder unverändert oder mit ganz leichten Veränderungen brauchen konnte. Zwingende Gründe, Interpolationen in den überlieferten Stellen zu vermuthen, sind in der That nicht vorhanden. Denn so auffallend das Lückenhafte der Ueberlieferung ist, das, was uns jene Stellen positiv sagen, entspricht ganz dem Bilde, das wir uns oben von der Bedeutung des *Edicts* gemacht haben. Demjenigen, der einen anderen an Errichtung eines Testamentes hindert, werden die *Actionen*

denegirt, und es tritt Ereption seines Erbtheils durch den Fiscus ein. Das sind — es muss dies energisch hervorgehoben werden — zwei verschiedene, von einander unabhängige Bestimmungen, nicht eine einzige, wie die herrschende dogmatische Betrachtungsweise annimmt; zwei Bestimmungen, von denen die erste auf das prätorische Edict zurückgeht, die zweite dagegen unzweifelhaft nicht auf das Edict, sondern entweder auf Senatusconsulte oder auf Kaiserconstitutionen ¹⁾. Dass in fr. 1 pr. h. t. für beide ein Rescript Hadrians angeführt wird, hat seinen Grund, wie schon bemerkt, nur darin, dass hier eben nicht vom eigentlichen Fall des Edicts die Rede ist. Jene dogmatische Betrachtungsweise ist der Lehre vom erzwungenen Testament nicht förderlich gewesen. Indem man nämlich in den Quellen nichts weiter zu finden glaubte, als dass der die Testamentserrichtung Hindernde seine Portion an den Fiscus verliere, legte man sich immer nur die eine Frage vor, ob diese Bestimmung auch auf den zur Testamentserrichtung Zwingenden ausgedehnt werden dürfe. Man hätte sich statt dessen, wie die obige Untersuchung gezeigt hat, zwei Fragen vorlegen sollen: erstens, ob die denegatio actionum, zweitens, ob die Indignität auch auf den Zwingenden zu erstrecken sei. Die erste Frage ist m. E. ebenso entschieden zu bejahen, wie die zweite zu verneinen. Nicht bloss die Ueberschrift des Titels (29. 6), auch die durchgreifende innere Analogie des ganzen Verhältnisses spricht dafür, dass der Prätor den Zwingenden genau ebenso behandelt hat wie den Hindernden, d. h. dass er ihm sämtliche civile und prätorische Rechtsmittel versagt hat. Dagegen machen sich schwerste, längst erkannte und gewürdigte Bedenken geltend, sobald man versucht, das Ereptionsrecht auf den Zwingenden anzuwenden. Wer einen anderen an Errichtung eines Testaments verhindert, beeinträchtigt nicht ein gesetzlich anerkanntes Erbrecht; er benachtheiligt nur diejenigen, die ohne die stattgehabte Hinderung in dem Testament zu Erben eingesetzt worden wären. Diesen nun ein Anrecht auf die Erb-

¹⁾ Darum behandelt Paulus in seinen Responsen diesen Indignitätsfall auch nicht im ersten, dem Edict gewidmeten Theil des Werkes, sondern im zweiten; vgl. meine Palingenesie, Paul. fr. 1584.

schaft einzuräumen besteht nicht der mindeste Grund. Sie sind eben thatsächlich nicht zu Erben eingesetzt. Für sie liegt die Sache nicht anders, als wenn der Testator durch Krankheit, Wahnsinn, plötzlichen Tod oder dergl. am Testiren verhindert worden wäre. Alle Rechtssicherheit würde aufhören, wenn das Recht als Grundlage von Erbansprüchen nicht bloss wirklich errichtete Testamente gelten liesse, sondern auch solche, die ohne eingetretene Hinderungen errichtet worden wären. Wozu dann überhaupt noch Testamentsformen aufstellen? Jene also verdienen keine Berücksichtigung. Ebenso wenig aber die, die etwa in Ermangelung des Hindernden erbberechtigt gewesen sein würden, z. B. die entfernteren Intestaterben; dies ihr Intestaterbrecht würde ja auch ohne den geübten Zwang nicht zur Geltung gelangt sein: wenn es in der Ordnung ist, dass der Hindernde die Vortheile aus seiner rechtswidrigen Handlung verliert, warum sollen diese Vortheile gerade ihnen zufallen? Man begreift also vollkommen, besser als in vielen anderen Fällen der Indignität, wie der Fiscus dazu gekommen ist, sich der Erbportion des Hindernden zu bemächtigen. Ganz anders steht die Sache beim erzwungenen Testament. Hier sind die Benachtheiligten solche Personen, die bereits im Gesetz oder in einem früheren Testament als Erben bezeichnet sind, nicht solche, die erst noch zu Erben ernannt werden sollten, und es ist folgerecht und in der Ordnung, dass das Recht, wenn es das erzwungene Testament missbilligt, nun ganz so wie sonst, wo es ein Testament nicht anerkennt, diejenigen berücksichtigt, die, abgesehen von diesem Testament, als Erben berufen sind. Schreiende Ungerechtigkeit wäre es, wenn der Fiscus das durch Zwang zu Stande gekommene Testament zu ihrem Nachtheil und zu eigenem Vortheil ausbeuten wollte.

Ich habe bisher vorausgesetzt, dass in dem erzwungenen Testament der Zwingende selbst zum Erben eingesetzt war. Wie aber, wenn der Zwang zu Gunsten Dritter oder doch auch zu Gunsten Dritter geübt worden? Wurde auch ihnen die bonorum possessio verweigert? Man möchte sich für das Gegentheil darauf berufen, dass in dem Fall „si prohibuerit“ die bonorum possessio bekannter Massen nur dem Hindernden, nicht aber dritten Unschuldigen verweigert wurde. Allein die

Fälle gleichen sich nicht. Im Fall „si prohibuerit“ fragt es sich, ob dritte Unschuldige darunter leiden sollen, dass das Testament gerade durch Zwang nicht zu Stande gekommen ist. Sie sind die berufenen Erben, wenn kein Testament da ist, und aus dem Delict eines anderen ist ihnen kein Vorwurf zu machen. Mag sein, dass der Testator die Absicht hatte, ihnen die Erbschaft zu nehmen; allein diese blosser Absicht reicht nicht aus, ihr Erbrecht zu beseitigen, und die Umstände, die die Ausführung jener Absicht vereitelten, kommen ihnen gegenüber nicht in Betracht; die Sache liegt für sie nicht anders, als ob der Testator durch irgend ein anderes ihnen nicht zur Last fallendes Ereigniss am Testiren verhindert worden wäre. Ganz anders beim erzwungenen Testament. Wenn hier der Prätor dem Zwingenden die bonorum possessio verweigert, so thut er das sicherlich nicht oder doch nicht bloss aus dem Gesichtspunkt einer Strafe, sondern wesentlich desshalb, weil dessen Einsetzung nicht auf dem freien Willen des Testators beruht; dieser Grund trifft aber selbstverständlich ganz ebenso auch bei den unschuldigen Dritten, die im Testamente eingesetzt sind, zu. Nach der im gemeinen Leben geltenden Anschauung würde der sei es auch selber Unschuldige, der aus dem erzwungenen Testamente anträte, dadurch nachträglich den geübten Zwang billigen und sich zu eigen machen, und kein anständiger Mensch wird eine unter solchen Verhältnissen deferirte Erbschaft annehmen. Und wenn der Prätor die Rechtsmittel, wodurch erzwungene Geschäfte unter Lebenden angefochten werden können, auch wider unschuldige Dritte gewährt, ist es dann irgend wahrscheinlich, dass er beim erzwungenen Testament, wo doch offenbar der unschuldige Dritte weit weniger Rücksichtnahme verdient als dort, grundsätzlich das entgegengesetzte Verfahren eingeschlagen haben sollte? Hiegegen darf man sich auch nicht etwa auf die Fassung der Rubrik „si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit“ berufen, als ob diese für eine gleichheitliche Behandlung der beiden Fälle spräche. Gewiss würde, falls aus dem erzwungenen Testament überhaupt keine bonorum possessio ertheilt wurde, die Fassung „si quis testari coactus fuerit“ zweckentsprechender erscheinen. Aber der Prätor konnte sehr wohl gerade durch den Parallelismus der beiden

Fälle zu einer abweichenden Fassung veranlasst werden. Auf ein Edict „si quis aliquem testari prohibuerit, bonorum possessionem ei non dabo“ folgte leicht und naturgemäss ein solches: „si quis aliquem testari coegerit, ex eo testamento neque ipsi neque alii ulli bonorum possessionem dabo“. Schwer ins Gewicht für die von mir vertretene Ansicht fällt aber endlich die vielbesprochene c. 1 h. t.:

Civili disceptationi crimen adiungitur, si testator non sua sponte testamentum fecit, sed compulsus ab eo qui heres est institutus vel quoslibet alios quos noluerit scripserit.

Die Lesart quoslibet alios ist bekanntlich keineswegs unbestritten; die Lesung quolibet alio oder a quolibet alio hat, wenn man allein die Handschriften des Codex ins Auge fasst, mindestens ebenso gute Beglaubigung, wird durch den Zusammenhang geradezu gefordert und von Krüger selbst, der im Text auf die Autorität der byzantinischen Quellen quoslibet alios hat, als Conjectur gebilligt. Ist es uns indess im Obigen gelungen, die Natur der civilis disceptatio, der das erzwungene Testament ausgesetzt ist, hinreichend aufzuklären, dann wird es ziemlich gleichgiltig, wie man die Stelle liest. Denn unter allen Umständen geht aus ihr hervor, dass jene civilis disceptatio auch dann statt hat, wenn andere als der Zwingende selbst zu Erben eingesetzt sind. Gegen wen sich dieselbe richte, sagt das Rescript freilich nicht, und die Byzantiner denken an einen Rechtsstreit gegen den Zwingenden selbst¹⁾. Allein diese ihre Meinung ist nichts als missverständliche Auslegung und für uns ohne alles Gewicht. Wer durch meine früheren Ausführungen überzeugt ist, wird in der Stelle nichts weiter ausgesprochen finden, als dass der geübte Zwang nicht nur Bestreitung der Giltigkeit des Testaments im Civilwege ermögliche — einerlei ob darin der Zwingende selbst oder andere (bezw. oder auch andere, wenn man die Lesart quoslibet alios vorzieht) zu Erben eingesetzt sind —, sondern auch criminelle Verfolgung des Zwingenden rechtfertige. Dass die civilis disceptatio auch gegen den un-

¹⁾ Vgl. Bas. 35, 4, 4: Ὁ ἀναγκάσας τινά ἢ ἑαυτὸν ἢ ἕτερόν τινα γράψαι πληρονόμον, ἐνάγεται χρηματικῶς καὶ ἐγκληματικῶς.

schuldigen Dritten durchgeführt werden kann, geht — immer vorausgesetzt, dass unsere früheren Ausführungen über deren Natur das Richtige treffen — aus der Stelle bei jeder Lesart hervor.

Sind die gewonnenen Ergebnisse auch für unser heutiges gemeines Recht verwendbar? Ich zweifle nicht daran. Natürlich können die Aufschlüsse, die wir mittels der Inscriptionen über das klassische Recht erlangt haben, nicht unmittelbar für das heutige Recht verwerthet werden. Allein, wie gezeigt, giebt der Inhalt des Digestentitels (29. 6) selber durchaus genügende Anhaltspunkte für die Entscheidung, sobald man nur erkannt hat, dass dieser Titel für den Fall „si prohibuerit“ nicht eine, sondern zwei Anordnungen enthält, die, was die Frage der analogen Ausdehnung angeht, getrennt behandelt werden dürfen und müssen. Im heutigen Recht ist hiernach das erzwungene Testament einfach als nichtig anzusehen.

IV.

Die fiducia cum amico contracta, ein Pfandgeschäft mit Salmann.

Von

Herrn Gerichtsassessor Dr. **Heck**,
Privatdocenten in Berlin.

Nach der hergebrachten Meinung hat das klassische römische Recht zwei Arten der fiducia gekannt, die fiducia zu Pfandzwecken durch Eigenthumsübertragung an den Gläubiger, fiducia cum creditore contracta, Gläubigerfiducia, und die fiducia zu anderen Zwecken durch Eigenthumsübertragung an einen Vertrauensmann, fiducia cum amico contracta, Freundschaftsfiducia. Als Anwendungsgebiet der fiducia cum amico contracta werden theils alle Fälle gedacht, in denen manci-

patio oder in iure cessio unter Vorbehalt der späteren Rückgabe stattfand, theils diejenigen Verhältnisse, für welche im justinianischen Rechte die Gefälligkeitsverträge, Mandat, Depositum und Commodat bestimmt sind, theils ausschliesslich das Depositum¹⁾.

Nachstehend wird versucht darzuthun, dass auch die fiducia cum amico Pfandzwecken diene und dass eine Verwendung zu anderen als Pfandzwecken weder erweislich noch wahrscheinlich ist.

A. Die Verwendung der fiducia cum amico zu Pfandzwecken.

Die erste Behauptung wird gestützt erstens auf die Gajusstelle, zweitens auf zwei Interpolationen für fiducia cum

¹⁾ Vgl. Savigny, System 4 S. 244, 5 S. 517 (anscheinend bei jeder Remancipation; Puchta, Institutionen § 272 II, S. 349; Jhering, Geist des römischen Rechts 2², S. 531 (bei solennen Abreden); Dernburg, Pfandrecht 1, S. 10, Anm. 10 (u. a. das Depositum); Pernice, Labeo 1, S. 433 (fiducia depositi causa); Parerga Zschr. 9, S. 227, Anm. 6 (Depositum und Commodat); Puntchart, Civilrecht d. Römer S. 283, Anm. 19 (Hinterlegung); Huschke, Ueber die usureceptio fiduciae, Zschr. für gesch. Rechtsw. 14, S. 229 ff., insbesondere S. 267 (Depositum); Rudorff, Ueber die baetische Fiduciartafel, Zschr. f. Rechtsgesch. II, S. 58 (ursprünglich ganz allgemein); Degenkolb, Für pactum fiduciae, Zschr. f. Rechtsgesch. 9, S. 172 (jedenfalls über das Pfandgeschäft hinaus); Karlowa, Rechtsgeschäft S. 195 (verschiedentlichste individuelle Zwecke); Kuntze, Institutionen § 551 (Depositum und Commodat); Scheuerl, Institutionen § 131 (Depositum); Hölder, Institutionen § 72 (Depositum und Commodat); Salkowski, Institutionen § 79, S. 193 (mannigfachste Rechtsgeschäfte) § 121, S. 245 (Depositum und Commodat); Czylharz, Institutionen S. 179 (Depositum); Sohm, Institutionen § 11, S. 34 (verschiedenartigste wirthschaftliche Zwecke, z. B. Depositum, Mandat, Commodat, Miethe), S. 261 (alle Contracte mit Rückgabepflicht); Ubbelohde, Zur Geschichte der unbenannten Realcontracte S. 45—87 (ursprünglich alle Fälle, in denen später ein bekannter Realcontract auf Rückgabe derselben Species anerkannt war); Esmarch, Rechtsgeschichte S. 136. 137 (Depositum, Commodat und ähnliches); Padeletti, Rechtsgeschichte, 1879, S. 153. 154 (Depositum und Commodat); Lenel, Quellenforschungen, diese Zschr. 3, S. 178 ff. (Manumissionszweck); Voigt, Ius naturale III, § 34, S. 197; XII Tafeln II, § 86, S. 176 ff. (Gefälligkeitsverträge u. a.); Jhering, Besitzwille S. 409, Anm. 3 (Stellvertretung, nicht Depositum).

amico und drittens, wenngleich in geringerem Grade, auf Eigenthümlichkeiten der spanischen Fiduciartafel.

I. Die Gajusstelle.

In den Quellen findet sich die Wortverbindung *fiducia cum amico* (sc. *contrahitur*) nur an einer einzigen Stelle. Gajus erwähnt in den Institutionen (II, 59. 60) unter den Fällen der *usucapio lucrativa* auch eine *usureceptio* mit folgenden Worten:

A(d)huc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit: nam qui rem alicui *fiduciae causa* mancipio dederit vel in iure cesserit, si eandem ipse possederit potest usucapere, anno scilicet, (etiam) soli si sit. qu(a)e species usucapionis dicitur *usureceptio*, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem. *Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico quod tutius nostrae res apud eum essent*, si quidem cum amico contracta sit *fiducia*, sane omni modo competit *ususreceptio*: si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret: quo casu *lucrativa usucapio* competit.

Nach der hergebrachten Auslegung stellt Gajus in den hervorgehobenen Worten die *fiducia* zu Pfandzwecken und die Freundschafts*fiducia* einander als Gegensätze gegenüber, und ist zu „*tutius*“ hinzuzudenken „*quam apud nos*“, so dass der Freundschafts*fiducia* die Function des *Depositum* zufällt.

Gegen diese Auffassung lässt sich ein erhebliches Bedenken geltend machen.

Wenn die beiden Unterarten der *fiducia* sich durch ihren Zweck unterscheiden, so muss es auffallen, dass dieses ausschlaggebende Moment nirgends hervortritt. Nicht in dem Namen. Denn *fiducia cum creditore* und *cum amico* sind der Structur entnommen. Und nicht in den Worten des Juristen. Denn in dem ersten Theil der Gegenüberstellung sagt Gajus „*pignoris iure*“ und nicht „*pignoris causa*“, in dem zweiten „*quod essent*“ statt des so viel näher liegenden „*quo — sint*“.

Die Unvereinbarkeit des Wortlauts mit der hergebrachten Auslegung ist von Vertretern derselben anerkannt worden.

Huschke¹⁾ und Studemund²⁾ emendiren für „quod-essent“ ohne handschriftliche Grundlage „quo-sint“, und auch Lenel³⁾ beruft sich auf den emendirten Text.

Indessen die Emendation ist unnöthig. Der überlieferte Wortlaut giebt einen guten, allerdings abweichenden Sinn, sobald man die Worte des Juristen möglichst scharf, im Vergleich zu unserem modernen Redebrauch vielleicht subtil auffasst.

Gaius unterscheidet zwei Arten der fiducia und nennt den Zweck des Geschäfts nicht als Unterscheidungsmerkmal. Folgerecht ist anzunehmen, dass der Zweck bei beiden Arten derselbe war.

Als Merkmal genannt werden einmal die betheiligten Personen, so dass, wie unbestritten, in dem einen Falle der Gläubiger, in dem anderen der amicus mancipio accipiens ist. Zweitens hebt Gaius hervor die Rechtsstellung des Gläubigers und die Sicherung der mancipirten Sachen vor ungenannten Gefahren. Bei der fiducia cum creditore wurde der Gläubiger Eigenthümer der fiducia. Den schärfsten Gegensatz bildet für die fiducia cum amico die Betheiligung des Gläubigers, aber nicht als Eigenthümer. Bei der fiducia cum creditore war das Pfand in hohem Grade gefährdet durch die absolute Verfügungsgewalt des Gläubigers. Den schärfsten Gegensatz bildet für die fiducia cum amico die Sicherung des Pfandes gegen solche Gefahren, so dass zu tutius zu ergänzen sein würde „quam apud creditorem“.

Die vorstehenden Bedingungen werden erfüllt, wenn man annimmt, dass auch die fiducia cum amico Pfandsicherung bezweckte, aber nicht der Gläubiger, sondern eine gemeinsame Vertrauensperson, ein Salmann zum Eigenthümer des Pfandes gemacht wurde.

Dass auf diese Weise Pfandsicherung erreicht werden konnte, ist kaum zu bezweifeln. Es ist nicht überliefert, ob der Kreis der Bedingungen, an welche die Remancipation ge-

¹⁾ Huschke, Iurisprudentia Anteiustiniana, Anm. 2. Iam in ipsa oratione posui „quo“ pro „quod C“ et postea „sint“ pro „essent“ C; nam alioquin sensus esset: quod putabamus, tutius nostras res apud eum fore: non satis aptus. — ²⁾ Studemund zu Gaius 2, 60. — ³⁾ Lenel, Quellenforschungen, diese Zschr. 3, S. 178, ebenso Jhering, Besitzwille S. 409, Anm. 3.

knüpft werden konnte, beschränkt war. Bei der *fiducia cum creditore* bestand die Bedingung in der Zahlung einer Schuld an den Gläubiger. Ist es nicht denkbar, dass auch bei der *fiducia cum amico* die Rückübertragung davon abhing, dass eine Schuld bezahlt wurde, nur nicht an den *amicus*, sondern an einen Dritten, den *creditor*?

Wird die Möglichkeit dieser Combination bejaht, so erscheint die Antithese der beiden Thatbestände bei Gaius scharf und fehlerfrei.

Als eine Verschiedenheit in der rechtlichen Behandlung führt Gaius an, dass dem Gläubiger gegenüber regelmässig, nämlich bei Miethe oder *precarium* des Schuldners, die *usureceptio* erst nach Bezahlung der Schuld, dem *amicus* gegenüber aber stets sofort eintrat.

Die *usureceptio* bot ein bequemes Mittel, die Umständlichkeit der Remancipation zu vermeiden.

Ihre Begünstigung bei der *fiducia cum amico* erklärt sich vom Standpunkte der hergebrachten Deutung aus dadurch¹⁾, dass der Freund kein eigenes Interesse an dem Eigenthum hat und desshalb durch seinen Verlust nicht geschädigt wird, während dies bei dem Gläubiger vor der Zahlung der Schuld der Fall sein würde. Indessen es werden zu der Freundschafts*fiducia* auch Geschäfte gerechnet, bei denen ein Interesse des Empfängers vorliegt, wie dies regelmässig beim *Commodat*, bei der Schenkung auf Lebenszeit und bei dem *Manumissionsgeschäft* zutrifft. In solchen Fällen versagt der angeführte Grund, und dennoch kennt Gaius keine Ausnahme.

Eine andere Erklärung bietet sich bei Einordnung der *fiducia cum amico* unter das Pfandgeschäft. Bei dieser Auffassung ist der Gläubiger gesichert durch die persönliche Haftung des *amicus*. Nicht er, sondern allein der *amicus* kann durch *usureceptio* verlieren. Unter dem *amicus mancipio accipiens* ist nicht ein persönlicher Bekannter, sondern ein Geschäftsfreund, wohl regelmässig ein *argentarius* zu denken. Diese Personen hatten in dem gewerbemässigen Betriebe ihrer Geschäfte Mittel genug, sich gegen eine nicht gewollte usu-

¹⁾ Vgl. Pernice, *Labeo* B. 2, S. 194. — ²⁾ Vgl. Rudorff, Ueber die baelische *Fiduciartafel*, *Zschr. f. Rechtsgeschichte* 11, S. 60.

receptio durch rechtzeitiges Eingreifen zu sichern. Andererseits musste es ihnen erwünscht sein, auch vor Zahlung der Schuld die im Grunde ihnen allein gestellte Sicherheit gegen eine andere ohne Zuziehung des Gläubigers und ohne Mancipationsform vertauschen zu können.

Freilich ist diese Hypothese ebenfalls unsicher. Aber ihre Möglichkeit zeigt, dass die verschiedene Normirung der usureceptio nicht ausreicht, um die herrschende Auslegung und Emendation der Gaiusstelle zu rechtfertigen.

II. Zwei Interpolationen für fiducia cum amico.

Die vorgeschlagene Deutung der Gaiusstelle wird wesentlich unterstützt durch zwei Digestenstellen: fr. 34 und fr. 39, Dig. de pigner. act. 13, 7.

Fr. 34: Marcellus libro singulari responsorum.

Titius cum credidisset pecuniam Sempronio et ob eam pignus accepisset futurumque esset, ut distraheret eam creditor quia pecunia non solveretur *petit a creditore*, ut fundum certo pretio emptum haberet et cum impetrasset, epistulam qua se vendidisse fundum creditori significaret, emisit: quaero, an hanc venditionem debitor revocare possit offerendo sortem et usuras quae debentur. Marcellus respondit secundum ea quae proposita essent, revocare non posse.

Fr. 39: Modestinus libro quarto responsorum.

Gaius Seius ob pecuniam mutuam fundum suum *Lucio Titio pignori dedit*: postea pactum inter eos factum est, ut creditor pignus suum in compensationem pecuniae suae certo tempore possideret: verum ante expletum tempus creditor cum suprema sua ordinaret, testamento cavit, ut alter ex filiis suis haberet eum fundum et addidit „*quem de Lucio Titio emi*“ cum non emisset: hoc testamentum inter ceteros signavit et Gaius Seius, qui fuit debitor. quaero an ex hoc quod signavit praeiudicium aliquod sibi fecerit cum nullum instrumentum venditionis proferatur, sed solum pactum, ut creditor certi temporis fructus caperet. Herennius Modestinus respondit contractui pignoris non obesse, quod debitor testamentum creditoris in quo se emisse pignus expressit, signasse proponitur.

Beide Fragmente legen die Annahme nahe, dass *pignus* für *fiducia* interpolirt ist. In fr. 34 ist ebenso wie in fr. 8 eodem ein „eam“ stehen geblieben, das sich auf andere Weise nicht erklären lässt. In fr. 39 ist die Antwort Modestins „*contractui pignoris non obesse*“ verdachterregend. Bei ursprünglichem *pignus* hätte der Jurist auf die *rei vindicatio* des Schuldners eingehen müssen. Desshalb wird auch fr. 34 von Lenel¹⁾, fr. 39 von Eck²⁾ für interpolirt gehalten.

Beide Fragmente haben aber noch eine andere, weit auffallendere Eigenthümlichkeit gemein. Bei dem abgeschlossenen, bezw. behaupteten Pfandverkaufe wird dieselbe Person als Käufer und als Verkäufer genannt.

Nach den Eingangsworten von fr. 34 ist Titius Pfandgläubiger. Nach dem weiteren Inhalte steht der Gläubiger im Begriffe, zum Verkaufe des Pfandes zu schreiten, worauf Titius den Ankauf durch den Gläubiger vermittelt. Es ist ein höchst merkwürdiges Contrahiren in sich selbst, welches in dem *responsum* geschildert wird. Die Merkwürdigkeit lässt sich im Wege der Auslegung nur beseitigen, wenn man verschiedene Pfandgläubiger als vorhanden denkt. Dieser Ausweg ist aber aus materiellen und formellen Gründen nicht gangbar. Wenn Titius und der kaufende Gläubiger verschiedene Personen sind, so droht der eine mit dem Pfandverkaufe, während ihn der andere vollzieht. Es sind somit zwei verkaufsberechtigte Gläubiger gegeben, was nach römischem Recht den seltenen Fall einer vollständigen Gleichberechtigung voraussetzt. Dieses entscheidende Thatbestandsmoment würde in dem Fragmente nicht berührt sein. Sodann wird bei einem Pfandverkaufe an einen nachstehenden Gläubiger dem Schuldner ein Einlösungsrecht gegeben. Marcellus verneint es in fr. 34, ohne auf das gegenseitige Verhältniss der beiden Gläubiger überhaupt einzugehen. Noch gewichtiger sind die formellen Erwägungen. Die römischen Juristen beschäftigen sich oft genug mit den Verhandlungen zwischen mehreren Pfandgläubigern. Aber sie versäumen es nicht, die Personen scharf

¹⁾ Palingenesia I, S. 634. — ²⁾ Neue pompejanische Geschäftsurkunden, diese Zschr. 9, S. 75.

von einander zu trennen, zum Theil durch verschiedene Benennungen, mindestens durch Hervorhebung der gegenseitigen Rangstellung, als primus, secundus, prior oder posterior creditor, wie es der Bedeutung dieser Beziehung für die rechtliche Beurtheilung derartiger Sachlagen entspricht. In fr. 34 würde irgend eine Bezeichnung des Ranges vollständig fehlen und zugleich die Namengebung mindestens auffallend sein. Der Schuldner, welcher für die Erzählung des Sachverhalts gar nicht in Betracht kommt, ist als Sempronius hervorgehoben. Der angebliche zweite Gläubiger, dessen Unterscheidung von Titius so nothwendig war, geht ohne Namen aus. Ein solcher Verstoss gegen die Grundregeln juristischer Darstellung ist Marcellus nicht zuzutrauen. Es muss vielmehr anerkannt werden, dass nach dem Wortlaute der Stelle Titius und creditor identisch sind. Nun ist natürlich nicht anzunehmen, dass ein Consulent, wenn er den Verkauf des Pfandgläubigers an sich selbst schildern wollte, sich jemals der Ausdrücke petit und impetrasset bedient hätte. So dramatisch pflegt ein Beschluss nicht an die Aussenwelt zu treten. Noch weniger denkbar scheint es, dass Marcellus einen solchen Verkauf im Widerspruch mit den sonst von der römischen Jurisprudenz vertretenen Grundsätzen ohne weitere Begründung für bindend erklären konnte, während in fr. 34 auch die Gegenpartei an der formellen Geltung des Geschäfts nicht zweifelt und nur ein Einlösungsrecht des Schuldners behauptet.

Der Inhalt des fr. 34 ist somit auffallend. Noch auffallender die Uebereinstimmung mit fr. 39.

Auch in fr. 39 ist nach den Eingangsworten Lucius Titius Pfandgläubiger, während weiterhin der Gläubiger in seinem Testamente behauptet, das Pfand von Lucius Titius gekauft zu haben, also sich selbst als seinen Contrahenten nennt. Die Annahme verschiedener Pfandgläubiger ist aus denselben Gründen ausgeschlossen, wie bei fr. 34. Nur die namentliche Bezeichnung des Schuldners erklärt sich aus seiner activeren Rolle. Ebenso wenig ist es möglich, bei den Testamentsworten an einen anderen Lucius Titius zu denken¹⁾. Denn der That-

¹⁾ So Huschke, Das Schiffsdarlehen des Callimachus in Lindes Zschr. N. F. 10, S. 4, Anm. 3.

bestand der responsa ist regelmässig der Wirklichkeit entnommen, während die Namen fingirt sind. Im wirklichen Leben kommt es selten vor, dass gar nicht stattgehabte Vorgänge schlechthin erdichtet werden, zumal wenn dem Urheber kein Vorthail aus der Erdichtung erwachsen kann. Viel öfter werden thatsächliche Vorgänge von den Betheiligten, insbesondere von Laien, unrichtig aufgefasst oder unrichtig bezeichnet. Die zweite Eventualität liegt auch in dem Falle des fr. 39 sehr nahe. Eck¹⁾ bezieht den angeblichen Kaufvertrag auf die Mancipation der fiducia an den Gläubiger. Diese Deutung ist nicht thunlich, wenn man das Vorliegen einer fiducia cum creditore contracta verneint. Dernburg²⁾ hat die Aehnlichkeit des pactum über den Fruchtgenuss mit einem Kaufvertrage hervorgehoben. Die materielle Stellung des Gläubigers war in der That dieselbe, wie die eines Käufers auf Zeit. Ein Laie konnte sehr wohl auf den Gedanken kommen, das pactum als emptio zu bezeichnen. Zu Gunsten dieser Beziehung spricht die Gegenüberstellung von instrumentum venditionis und pactum, zu Gunsten einer missbräuchlichen Bezeichnung überhaupt die Wendung Modestins „in quo se emisse pignus expressit“. Die Contrahenten des pactum und des angeblichen Kaufvertrages sind daher identisch. In der That wäre es unverständlich, dass Modestin bei freier Wahl der Namen zwei verschiedene Personen gleich benannt, somit eine Verwechselung geradezu provocirt hätte. Andererseits ist es ebenso unmöglich, dass der Gläubiger einen Vertrag mit sich selbst gemeint hat. Zu all den Bedenken, die bei fr. 34 gewürdigt wurden, tritt noch ein weiteres. Kein Erblasser kann in demselben Satz von sich in der ersten und zugleich in der dritten Person reden. Wer sagt: „quem de Lucio Titio emi“, der will nicht mit sich, sondern mit einer zweiten Person contrahirt haben.

Der offenbare Widersinn hat zu Emendationsversuchen geführt. Insbesondere schlägt Mommsen in seiner Ausgabe der Digesten in fr. 34 für „a creditore“ vor „ab eo debitor“³⁾.

¹⁾ Neue pompejanische Geschäftsurkunden, diese Zschr. 9, S. 75. —

²⁾ Dernburg, Pfandrecht I, S. 184, Anm. 8. — ³⁾ Vgl. über andere Emendationen für fr. 34 Warnkönig im Archiv für civilistische Praxis B. 25, S. 84, Anm. 41.

Bei fr. 39 hat die Conjectur „de Gaio Seio“ für „de Lucio Titio“ von der Glosse bis in die neueste Zeit Vertheidiger gefunden¹⁾. Somit wird in beiden Fragmenten der Schuldner als Verkäufer gedacht und der gegenwärtige Zustand auf handschriftliche Corruption zurückgeführt.

Dieses Ergebniss findet scheinbar Bestätigung in den Basiliken, welche gleichfalls den Schuldner verkaufen lassen. Indessen auch den Verfassern der Basiliken mussten die Fragmente in ihrer heutigen Gestalt unverständlich vorkommen und zu der nächstliegenden Emendation Anlass geben.

Bedenken gegen den durch Emendation gewonnenen Rechtsatz bestehen in der That nicht, so lange man die beiden responsa auf pignus bezieht. Dagegen passen auch unter dieser Voraussetzung die vorgeschlagenen Abänderungen schlecht in den logischen Zusammenhang der Darstellung.

Selbst wenn in fr. 34 gelesen wird „petit ab eo debitor“, so ist doch durch die Vorstellung von „Titius“ vor „cum“ ein eigenthümliches Anakoluth gegeben, welches bei der Kürze des Satzes der Rechtfertigung entbehren muss. Sodann erscheint „creditor“ im zweiten Satze überflüssig und störend. Wenn Titius in den ersten Worten als Pfandgläubiger bezeichnet ist, so versteht es sich von selbst, dass er den Pfandverkauf in seiner Eigenschaft als Gläubiger vornimmt.

Auch in fr. 39 genügt die Einfügung der Worte „de Gaio Seio“ für „de Lucio Titio“ nicht. Denn in dem nachfolgenden Satze wird Gaius Seius mit den Worten eingeführt: „qui fuit debitor“. Aus dieser Wendung ist zu schliessen, dass er in den vorhergehenden Sätzen nur als Schuldner erwähnt worden war. Sobald von einer Person zwei getrennte That-sachen ausgesagt sind, kann eine einzige nicht mehr zur Kennzeichnung dieser Person verwendet werden, ohne zu Irrthümern Anlass zu geben.

Entscheidend ist der vollständige Mangel handschriftlicher Beglaubigung. Dass die Corruption bereits das Material betroffen hatte, welches den Compilatoren vorlag, ist nicht anzunehmen. Die beiden Stellen sind in ihrer heutigen Gestalt

¹⁾ Vgl. Dernburg, Pfandrecht I, S. 184, Anm. 8. Degenkolb, Ein Pactum fiduciae. Zschr. für Rechtsgeschichte 9, S. 121.

so unverständlich, dass eine Auswahl aus dem reichhaltigen Material behufs Einfügung in ein Sammelwerk unbegreiflich sein würde. Gegen eine spätere Veränderung spricht der handschriftliche Charakter der Florentina, insbesondere die Treue, mit welcher sie in fr. 34 selbst das „eam“ überliefert hat. Dazu tritt endlich die Erwägung, dass die angebliche Corruption zwar ganz verschiedene Worte betrifft, aber in beiden Fragmenten zu demselben widersinnigen Ergebnisse führt. Ein so merkwürdiges Spiel des Zufalls ist nicht denkbar.

Da oben aus anderen Gründen eine Interpolation für fiducia gefolgert wurde, so liegt es nahe, auch die Identität von Titius und creditor auf die Interpolation zurückzuführen.

Dies ist nicht möglich, wenn man an eine fiducia cum creditore denkt. Ja diese Reconstruction würde eine neue Schwierigkeit zu den bisherigen hinzufügen. In beiden Fragmenten ist es der Gläubiger, welcher die fiducia kauft oder gekauft haben will. Bei der fiducia cum creditore kann er aber das Pfand weder selbst noch durch eine persona interposita erwerben. Dies entspricht den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechts hinsichtlich der Behandlung von Geschäften an eigener Sache und wird von Paulus ausdrücklich bezeugt¹⁾. Marcell und Modestin konnten den Rechtsatz, selbst wenn sie ihn nicht billigten, unmöglich mit Stillschweigen übergehen.

Weil nun beide Fragmente auf fiducia zu deuten sind und eine fiducia cum creditore nicht vorliegt, so bleibt nur übrig die zweite Unterart der Pfandfiducia, die fiducia cum amico contracta in der oben gedachten Form.

Sobald die Fragmente auf dieses hypothetische Institut bezogen werden, lösen sich die Schwierigkeiten.

Titius bzw. Lucius Titius wird amicus mancipio accipiens, somit eine von dem creditor verschiedene Person. Seine Verhandlung mit dem letzteren erscheint durchaus natürlich, der Verkauf der fiducia zum mindesten formell statthaft.

Auch die Einzelheiten erklären sich befriedigend.

In fr. 34 steht der Pfandverkauf der fiducia bevor. Der amicus vermittelt aus eigener Initiative den Ankauf durch

¹⁾ Paulus sent. 2, 13, 3.

den Gläubiger und theilt dies dem Schuldner mit. Das Recht des letzteren auf Wiedereinlösung steht in Frage und wird von Marcellus nach Massgabe des Sachverhalts verneint. Dass der Gläubiger, obwohl er nicht Eigenthümer ist, verkaufen kann, darf ebensowenig auffallen als die gleiche Befugniß bei pignus und Hypothek. Der amicus andererseits ist als Eigenthümer legitimirt, das Pfand zu mancipiren, also einen Kaufvertrag zu erfüllen. Ob er dem Schuldner gegenüber befugt ist, wird in dem responsum nicht erörtert und ist für die gestellte Frage unerheblich. Dass der Schuldner ein Auslösungsrecht behauptet, erklärt sich, wie Lenel¹⁾ bemerkt, aus dem Rechte der Gläubigerfiducia. Nach Paulus²⁾ hatte der Schuldner das Recht der Einlösung, wenn der Gläubiger per interpositam personam erwarb. Es lag in späterer Zeit, als die Freundschaftsfiducia seltener wurde, nahe, den amicus als eine interposita persona aufzufassen. Ebenso verständlich ist die verneinende Antwort, die Marcellus giebt. Die römische Jurisprudenz unterschied sehr scharf, von wem die Mittelsperson herangezogen war³⁾. Es wäre höchst unbillig gewesen, den Schuldner gegen die Handlungen seines eigenen Vertrauensmannes zu schützen. Dass diese Erwägung der Entscheidung zu Grunde liegt, zeigt sich in dem Nachdrucke, mit welchem die Initiative des Titius durch die Worte „petere“ und „impetrasset“ hervorgehoben wird.

Die wörtliche Reconstruction des responsum ist nicht mit Sicherheit zu vollziehen. Doch gewähren Anhaltspunkte die namentliche Benennung des Schuldners, während dieselbe hinsichtlich des Creditors geboten war, sodann die etwas schleppe doppelte Coordination durch et und durch que. Vielleicht hat der Beginn des Fragments gelautet:

Titius, cum ob eam pecuniam, *quam Sepronius credit, fiduciam* accepisset, futurumque esset ut eam distraheret creditor u. s. w.

Bei fr. 39 könnte allenfalls das „pignus suum“ Bedenken erregen. Es liegt nahe, das suum durch Eigenthum an der fiducia zu erklären. Allein einmal ist die Bedeutung der Pos-

¹⁾ Palingenesia a. a. O. — ²⁾ Paulus sent. 2, 13, 3. — ³⁾ Vgl. fr. 11 § 7 D. de donat. i. v. e. u. 24, 1.

sessivpronomina keineswegs auf die Beziehung des Eigenthümers zu der ihm gehörigen Sache beschränkt. Sodann kann auch das *suum* von den Compilatoren herrühren. Es ist selbstverständlich und daher überflüssig, führt zu einem etwas störenden Gleichlaut mit *pecuniae suae* und stellt *pignus* und *pecunia* in eine unnöthige Antithese, wie sie bei den Compilatoren beliebt ist. Sonstige Schwierigkeiten sind nicht vorhanden. Dass bei dem Abschluss des *pactum* auch der Eigenthümer des Grundstücks der *amicus Lucius Titius* zugezogen wurde, kann nicht auffallen. Seine Betheiligung musste schon wegen der *Vindicationsbefugniss* wünschenswerth sein. Die Aeusserung des Gläubigers „*quem de Lucio Titio emi*“ lässt sich daher auf das erwähnte *pactum* beziehen. Die Erheblichkeit dieser Behauptung und einer etwaigen Verkaufsurkunde wird dadurch verständlich, dass wie fr. 34 zeigt, ein Verkauf durch den *Fiduciar* für den Schuldner bindend war. Andererseits ist anzunehmen, dass der *amicus* dem übereinstimmenden Willen der Parteien Rechnung zu tragen hatte. Desshalb konnten Zweifel darüber bestehen, ob nicht die angebliche Zustimmung des Schuldners durch Siegelung des Testaments seine vertragsmässigen Pflichten, den Inhalt des *contractus fiduciae*, beeinflusst habe. Diese Frage verneint Modestin, während natürlich von einer *Vindication* des Schuldners nicht die Rede sein konnte.

Die Reconstruction des Fragments ist einfacher und sicherer als bei fr. 34. Es genügt, *pignus* durch *fiducia* zu ersetzen und die Stellung des *Lucius Titius* durch das Beiwort *amicus* gekennzeichnet zu denken. Danach würden die Anfangsworte des *responsum* gelautet haben:

Gaius Seius ob pecuniam mutuam fundum suum Lucio Titio *amico fiduciae* dedit —

und die Schlussworte:

contractui fiduciae non obesse quod debitor testamentum creditoris in quo se emisse *fiduciam* expressit, signasse proponitur.

Haben die beiden Fragmente ursprünglich den reconstruirten Inhalt gehabt, so erklärt sich ihr gegenwärtiger Zustand einfach durch ungeschickte und schablonenmässige Interpolation.

Die fiducia cum creditore war wohl immer die häufigere Form der fiducia. Dies ergibt sich schon daraus, dass von den zahlreichen Digestenstellen, bei denen pignus für fiducia interpolirt ist, soviel ich sehen kann, nur die zwei besprochenen die fiducia cum amico behandeln. Es ist wohl denkbar, dass bei Feststellung der Interpolationsgrundsätze diese Ausnahmeform übersehen und schlechthin die Anweisung ertheilt wurde, den fiduciae causa mancipio accipiens in einen Pfandgläubiger zu verwandeln. Dass auch in den beiden untersuchten Fragmenten dieses Verfahren befolgt und der sich ergebende Widersinn übersehen wurde, ist freilich ein Beweis übereilter Arbeit, aber gewiss kein gewichtigerer als das Stehenbleiben von eam in fr. 8, § 3, D. 13, 7 und in fr. 34 eodem.

Somit dürften fr. 34 und 39 nur durch die Annahme einer Pfandfiducia cum amico befriedigend zu erklären sein. Sie beweisen die Existenz dieses Rechtsinstituts und unterstützen die für die Gaiusstelle vorgeschlagene Auslegung. Andere Quellenstellen, bei denen sich eine Beziehung auf fiducia cum amico nachweisen lässt, sind mir nicht bekannt. Nur möglich ist eine Berücksichtigung in der spanischen Fiduciartafel.

III. Die spanische Fiduciartafel.

Die spanische Fiduciartafel ist wohl ein Formular¹⁾. Sie stellt genau wie die Formulare der fränkischen Zeit verschiedene Wendungen neben einander, welche nicht zur gleichzeitigen, sondern zur wahlweisen Anwendung bestimmt waren. Ansprechend ist die Vermuthung²⁾, dass die Tafel in einem Geschäftslocal ausgehängt wurde, wie heutzutage die Geschäftsbedingungen der grossen Banken und Geschäftshäuser. In der Gegenwart werden die Bedingungen auch gedruckt und durch Circular publicirt. Im Alterthum musste der Aushang eine noch grössere Bedeutung gewinnen.

¹⁾ So Krüger, Kritische Untersuchungen im Gebiet des römischen Rechts S. 44; Mommsen C. I. L. II, p. 700; Rudorff, Die baetische Fiduciartafel, Zschr. f. Rechtsgesch. 11, S. 77 ff.; Bruns, Fontes p. 251; Karlowa, Rechtsgeschichte S. 789. — ²⁾ Rudorff, a. a. O. S. 81.

Die Fiduciartafel enthält ein Zeugniß über *mancipatio nummo uno* und ein *pactum conventum*, von dem uns zwei Bestimmungen erhalten sind: erstens die Abrede, dass die *mancipirten* Gegenstände *fiducia* sein sollen (*pactum fiduciae*), und zweitens eine Verkaufserlaubniß (*pactum de vendendo*).

Der hiermit *pactum fiduciae* genannte Theil zeigt eine Eigenthümlichkeit. In dem Relativsatze „*quam pecuniam L. Baiano dedit dederit*“ u. s. w. fehlt das Subject, der Name des Gläubigers, ohne dass eine Lücke in der Buchstabenreihe vorhanden wäre.

Diese Eigenthümlichkeit ist bei Besprechung der Tafel hervorgehoben, durch leichtsinnige Abfassung erklärt und durch Emendation¹⁾ (Einschiebung von *Titius L.*) beseitigt worden. Indessen weder Vorwurf noch Emendation sind nothwendig. Das Fehlen des Gläubigernamens erklärt sich ziemlich einfach, sobald man annimmt, dass die Tafel auch für solche Fiduciageschäfte berechnet war, in denen der *mancipio accipiens L. Titius* nur als *amicus* mitwirkte.

Bei einer ausschliesslichen Berücksichtigung der *fiducia cum creditore* wäre es unbedenklich gewesen, *L. Titius* als Subject in den Satz „*quantam* u. s. w.“ aufzunehmen. Liess sich aber *Titius* die *fiducia* für die Forderung eines anderen *mancipiren*, so musste in der Urkunde dieser andere Subject werden. Für die Berücksichtigung derartiger Eventualitäten in einem Formular stehen zwei Wege offen. Es werden entweder verschiedene Namen wahlweise nebeneinander gestellt (*Lucius Titius vel Gaius Seius* u. s. w.), oder man lässt die Bezeichnung der Person einfach fort, um je nach Bedürfniss den passenden Namen einzusetzen. Dieses zweite Verfahren ist in der spanischen Fiduciartafel, wie offensichtlich, bereits bei Bezeichnung des *libripens* und des *antestatus* gewählt worden. Es scheint möglich, dass es auch in dem unmittelbar folgenden Satze beobachtet wurde, somit der Gläubiger nur deshalb nicht genannt ist, weil er bald *Lucius Titius*, bald eine mit dem Fiduciar nicht identische Person sein konnte.

¹⁾ Degenkolb, Ein *pactum fiduciae*, Zschr. für Rechtsgeschichte 9, S. 119, bezeichnet die Emendation als „unausweichlich geboten“; übereinstimmend Bruns in *Fontes* p. 251. Rudorff a. a. O. S. 78.

Diese Deutung wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass als Contrahenten des pactum conventum Damas L. Titii servus und L. Baian. ausdrücklich genannt werden. Denn der mancipio dans und der mancipio accipiens waren auch bei der fiducia cum amico nothwendigerweise betheiligt. Der Name eines zugezogenen Gläubigers konnte ebenso leicht zu den Eingangsworten hinzugefügt, wie in den Relativsatz eingesetzt werden.

Bedenklicher scheinen die Worte, welche den Schluss des pactum fiduciae bilden: „donec ea omnis pecunia fidesve persoluta L. Titii soluta liberataque esset“. Dem Subjecte pecunia entspricht das Prädicat soluta, dem Subjecte fides das Prädicat liberata. Es sind dadurch zwei Beendigungsgründe der Pfandhaftung einander gegenübergestellt.

Da in dem Relativsatze auch die Verbürgung erwähnt wird, so liegt es nahe, die Antithese auf die Befriedigung des Gläubigers bzw. die Befreiung des Bürgen zu beziehen und aus der Benennung des Titius als Bürgen zu folgern, dass er oder sein Sklave auch in dem Relativsatze als alleiniges Subject gedacht war. Indessen nothwendig ist diese Auslegung nicht. Es ist möglich, auch bei dem Schlusssatze an die beiden im Relativsatze berücksichtigten Formen der fiducia zu denken und den Gegensatz von pecunia soluta und fides liberata auf die Befreiung des Pfandes aus den Händen des Gläubigers und des Vertrauensmannes zu deuten. Dass bei diesen Formen ein gewisser Gegensatz der Befreiungsgründe bestand, wird bereits durch die verschiedene Ausbildung der usureceptio nahe gelegt und ist aus inneren Gründen wahrscheinlich. Bei der fiducia cum creditore wurde, wie gerade die spanische Fiduciartafel beweist, die Pflicht zur Remancipation von der Zahlung der geschuldeten Geldsumme abhängig gemacht. Bei Aufnahme derselben Bedingung in ein pactum fiduciae cum amico hätte der Vertrauensmann nach wörtlicher Auslegung die Rückgabe weigern können, wenn die Parteien sich ohne Zahlung der Schuld über die Rückgabe des Pfandes geeinigt hatten. Es würde der vorsichtigen Wortwahl der alten Cautelarjurisprudenz entsprechen, wenn diese Möglichkeit in dem Formular vorausgesehen und bei Gebrauch durch

Einsetzung der Formel *donec fides persoluta liberata sit*, vermieden wurde.

Die vorstehende Auffassung des *pactum fiduciae* wird durch das *pactum de vendendo* einigermassen bestätigt.

Aus fr. 34 cit. geht hervor, dass bei der *fiducia cum amico contracta* die Verkaufsbefugniss wenigstens in erster Linie dem Gläubiger, also nicht dem *amicus* zuzustehen pflegte. Es ist daher wahrscheinlich, dass der Gläubiger auch selbst mit dem Schuldner die Verkaufsbedingungen vereinbarte, während der Vertrauensmann sich verpflichtete, bei Ausbleiben seiner Befreiung die *fiducia* an den Pfandkäufer zu *mancipiren*. Ein *pactum de vendendo* in den Geschäftsbedingungen des Fiduciars kann daher nur für den Fall der *fiducia cum creditore* berechnet sein und würde bei Mitberücksichtigung der *fiducia cum amico* in einem *pactum de mancipando* sein Gegenstück finden müssen.

In der That fehlen dem überlieferten *pactum de vendendo* jene beiden Eigenthümlichkeiten, welche auf die *fiducia cum amico* hindeuten. *Lucius Titius* wird zweimal ausdrücklich als Gläubiger genannt und als Voraussetzung des Pfandverkaufs nur die *pecunia sua quaque die non soluta*, nicht die *fides non liberata*.

Ob das Formular noch ein *pactum de mancipando* enthielt, ist nicht zu entscheiden, da die Schlussworte nicht erhalten sind.

Hervorgehoben sei noch, dass die vorstehenden Erwägungen die Deutung auf *fiducia cum amico* nur erlauben, nicht erzwingen sollen. Sicherlich kann das Fehlen des Gläubigernamens auch auf Nachlässigkeit oder auf sprachlichen Eigenthümlichkeiten beruhen. Nur die Möglichkeit einer anderweiten Erklärung wird behauptet.

IV. Einzelheiten und praktische Bedeutung.

Die Einzelheiten des hypothetischen Rechtsinstituts lassen sich auf Grund des vorstehenden Materials nur theilweise vergegenwärtigen.

Mit der Gläubigerfiducia gemeinsam war die Eingehung durch in *iure cessio* oder *mancipatio fiduciae causa*, die Uebertragung des Eigenthums an den *mancipio accipiens* und die

Verhaftung des letzteren gegenüber dem Mancipanten. Abweichend und bemerkenswerth erscheint die Gebundenheit des amicus gegenüber dem Gläubiger. Die That-
sache der Gebundenheit wird zwar nicht durch Quellenzeugnisse, aber durch die Existenz des Rechtsinstituts bewiesen. Eine Sicherung des Gläubigers auf diesem Wege konnte nur erreicht werden, wenn der Vertrauensmann ihm gegenüber zur Zurückbehaltung der fiducia bzw. zu der Mancipation an den Pfandkäufer verpflichtet war. Zweifelhaft ist die juristische Construction dieser Beziehung. Man könnte allenfalls an einen Vertrag zu Gunsten Dritter denken. Einfacher ist die Annahme, dass der Gläubiger bei dem pactum conventum als Contrahent mitwirkte und dadurch in eigener Person sich Rechte erwarb. In fr. 39 wird nach der versuchten Reconstruction eine nachträgliche Abrede zu Dreien erwähnt. Es liegt kein Grund vor, wesshalb eine solche nicht bereits bei Vornahme der Mancipation erfolgen konnte. Wie dem auch sein mag, jedenfalls nöthigt der Nachweis der Pfandfiducia mit Vertrauensmann zu dem Schluss, dass ausser dem Mancipanten und dem Empfänger noch ein Dritter Rechte aus dem pactum conventum erwerben konnte. Dadurch ist vielleicht eine neue Erklärung für die mehrfache Verpfändung einer Fiducia ermöglicht. Es ist bezweifelt worden, ob die Verpfändung an mehrere Gläubiger nach dem Rechte der fiducia überhaupt geschehen konnte. Ja es wird dieser angebliche Mangel dazu benutzt, das Zurückweichen der fiducia vor den neueren Instituten des Pfandrechts zu erklären ¹⁾. Nun bietet sich, abgesehen von der Verpfändung von partes indivisae oder der actio fiduciae auf die hyperocha noch folgende Combination. Wenn der Empfänger zu Gunsten eines andern als des Mancipanten verpflichtet werden konnte, so stand nichts der Abrede im Wege, dass der Gläubiger-Eigenthümer die hyperocha an einen anderen Gläubiger ausliefern oder ihm eventuell gegen Zahlung seiner eigenen Schuld das Pfand mancipiren solle. Ein derartiger minder berechtigter Gläubiger war dann bis zu einem gewissen Grade gesichert. Allerdings war er nicht Eigenthümer; auch bildeten seine Be-

¹⁾ Puchta, Institutionen § 247, S. 251.

fugnisse kein dingliches Recht. Seine Stellung bis zu dem Verkaufe der fiducia konnte mit den Worten gekennzeichnet werden, welche Marcian in fr. 12, § 9 D. qui potiores 20, 4 in Bezug auf pignus und hypotheca gebraucht: „Et omnino secundus creditor nihil aliud iuris habet, nisi ut solvat priori et in loco eius succedat“.

Die versuchte Deutung der spanischen Fiduciartafel lässt es möglich erscheinen, dass die Gebundenheit des amicus als „fides persoluta“ bezeichnet wurde und dass sie bis zu einer liberatio fort dauerte. Ob letztere nur durch Erklärung des Gläubigers oder auch durch Befriedigung bewirkt wurde, ist nicht zu entscheiden. Im Falle der Befreiung erfolgte Remancipation, welche durch einjährige usureceptio ersetzt werden konnte.

Wurde die Schuld nicht gezahlt, so stand, wie aus fr. 34 hervorgeht, dem Gläubiger ein Verkaufsrecht zu. Er konnte aber auch in Abweichung von dem Recht der Gläubigerfiducia das Pfand selbst ankaufen, sofern der Vertrauensmann dazu bereit war. Dieser Stellung des Gläubigers entsprechend ist anzunehmen, dass er in erster Linie und nur ausnahmsweise der amicus auf die Herausgabe der hyperocha haftete. Eine Sicherung mehrerer Gläubiger ist denkbar, ohne dass sich Näheres feststellen liesse.

Die praktische Bedeutung der Pfandfiducia mit Vertrauensmann liegt sehr nahe und ist bereits berührt worden. Die Gläubigerfiducia verlieh dem creditor eine Machtstellung, welche den Schuldner gefährdete ¹⁾. Das Pfand konnte dem Schuldner durch Veräußerung entzogen werden; es gehörte zur Concursmasse des Gläubigers. Im geschäftlichen Verkehr ist man nicht immer in der Lage, seinen Gläubiger frei zu wählen. War derselbe eine weniger vertrauenswürdige Person, so bot die fiducia cum amico ein für beide Theile annehmbares Mittel der Sicherung. Diese Garantie war ein ausreichender Grund für das Bestehen dieser Geschäftsform und thatsächlich für ihre Wahl im concreten Falle entscheidend. „Sed fiducia contrahitur — cum amico quod tutius res nostrae apud eum essent“.

¹⁾ Dernburg, Pfandrecht I, S. 17. Sohm, Institutionen § 59, S. 245.

Mit Rücksicht auf die allgemeine Stellung der argentarii ist es nicht unwahrscheinlich, dass sie vorzugsweise als amici gewählt wurden, demnach an der Verwerthung des Realcredits nicht nur als Gläubiger, sondern auch als Vermittler betheiligte waren. Eine solche Thätigkeit musste in hohem Grade ihre Kenntniss der Immobilienverhältnisse begünstigen und dadurch die Garantie verstärken, welche ihre Mitwirkung dem Gläubiger hinsichtlich der Rechtsstellung des Schuldners gewährte. Es lässt sich denken, dass die Bezeichnung „lebendiges Grundbuch“, welche Heusler für den ständigen Salmann des altbayrischen Rechts gewählt hat ¹⁾, auch für die römischen amici zutraf. Hält man diese Stellung der argentarii für möglich, so öffnet sich der Ausblick auf eine Gestaltung des Creditverkehrs, welche selbst hochgehenden Ansprüchen genügen konnte.

Zum Schluss sei bemerkt, dass der Grundgedanke der fiducia cum amico, die Pfandsicherung durch Zuziehung eines Unparteiischen, nicht auf diese Rechtsform beschränkt ist. Die fiducia cum amico findet ihr Gegenstück in dem römischen „pignus dare cum aliquo“ ²⁾, in dem „Pant to triuver Hant“ deutscher Urkunden ³⁾ und in der Sicherheitsleistung durch Hinterlegung des heutigen Rechts.

B. Die angebliche Verwendung der fiducia cum amico zu anderen als Pfandzwecken.

Die Verwendung der fiducia cum amico contracta für andere als Pfandzwecke kann gestützt werden erstens auf einen weiteren Sprachgebrauch, zweitens auf einen bei Boethius sich findenden Ausspruch und drittens auf 16 Digestenfragmente, bei denen eine Interpolation für fiducia cum amico oder eine ursprüngliche Beziehung auf dieses Institut angenommen wird.

¹⁾ Heusler, Institutionen I, S. 222. — ²⁾ Demelius, Plautinische Studien, Zeitschrift für Rechtsgeschichte II, S. 228, aber auch Dernburg, Pfandrecht I, S. 30. — ³⁾ Vgl. Urkunde Nr. 178 bei Höfer, Urkundenbuch: „Dit selve Pant hat — gheantwort den — to triuver Hant. Daselbst Nr. 195: „Das Phant soll inneme von unser beyder Wegben . .“. Stobbe, Ueber die Salmannen in Zschr. f. Rechtsgesch. VII, S. 405 ff., 420.

I. Die Bedeutung des Wortes fiducia und der abgeleiteten Ausdrücke.

a) Vorkommen.

Im allgemeinen bedeutet fiducia „sicheres Vertrauen, Zuversicht und Zuversichtlichkeit, Sicherheit, auch Selbstvertrauen, Muth, Beherztheit und Zuverlässigkeit“. Es findet sich in dieser untechnischen Bedeutung auch bei juristischen Schriftstellern ¹⁾.

Ferner bezeichnet fiduciarius „übertragen, anvertraut“ (urbem velut fiduciarium dare Livius 32, 38, 2, fiduciarium operam Caesar Bell. Civil. 2, 172, fiduciarium regnum Auct. Bell. Alex. 23, 2, fiduciarium imperium Curt. 5, 9).

Eine technische juristische Bedeutung hat das Wort auf zwei getrennten Gebieten.

I. Einmal liefert es mehrere Bezeichnungen für Verhältnisse des Familien- und Erbrechts.

Bei Gaius wird der coemptio matrimonii causa eine coemptio fiduciae causa ²⁾ oder coemptio fiduciaria gegenübergestellt, welche Remancipation an einen Dritten und Freilassung durch denselben bezweckte. Die Manumission hatte für den Freilassenden den Erwerb einer tutela fiduciaria ³⁾, für die Frau Befreiung von der Agnatentutel und testamenti-factio zur Folge. Der Freilassende heisst tutor fiduciarius ⁴⁾. Dieselbe Bezeichnung kommt auch demjenigen zu, der ein Hauskind freilässt ⁵⁾, und desshalb definirt Gaius ⁶⁾ in Uebereinstimmung mit Ulpian ⁷⁾ die „tutelae fiduciariae“ als diejenigen, „quae ideo nobis competunt, quia liberum caput mancipatum nobis vel a parente vel a coemptiomatore manumiserimus“. Die Rechtsstellung des parens, welchem sein Kind

¹⁾ Bei Pomponius fr. 2 D. de origine iuris 1, 2: „fiducia doctrinae, fiduciam sui“, ferner fr. 43 D. heredi causa 40, 12: „fiducia libertatis“, bei Papinian fr. 30, § 6 de neg. gest. D. 3, 5: „fiducia pietatis“, bei Paulus fr. 41, 1 D. de lib. car. 40, 12: „fiducia libertatis“, bei Ulpian fr. 14 D. de probat. 22, 3: „fiducia ingenuitatis suae ultro in se suscipiat probationes“. — ²⁾ Gaius, Inst. 2, 114. 115. — ³⁾ Gaius 1, § 115. § 195b. — ⁴⁾ Gaius a. a. O. — ⁵⁾ Gaius 1, § 166a, § 172, § 194. — ⁶⁾ Gaius 1, § 166a. — ⁷⁾ Ulpiani Fragmenta XI, § 5.

vor der Freilassung remancipirt wurde, so dass er selbst als Freilasser fungirte, nennt Gaius tutela legitima ¹⁾. Von seinen Kindern sagt er ¹⁾, dass sie fiduciarii tutoris loco numerantur.

Zweifelhaft ist die Bedeutung von fiducia in fr. 1, § 15 D. ad S. C. Tertull. 38, 17:

Ulpianus l. XIII ad Sab. Sed neque avus neque pro-
avus in Tertulliano matri nocent, quamvis *fiduciam contraxerint*.

Es ist möglich, dass Ulpian an eine Emancipation des in grossväterlicher Gewalt sich befindenden Enkelkindes durch den Gewalthaber gedacht hat. Dann würde fiducia contrahere zu deuten sein auf die Abrede der schliesslichen Remancipation, welche dem Gewalthaber die Rechtsstellung des Manumissor verschaffte, somit eine Uebereinstimmung mit dem für die justinianischen Quellen bezeugten Sprachgebrauche vorliegen. Es ist aber ebenso denkbar und vielleicht noch wahrscheinlicher, dass in dem Fragmente eine tutela fiduciaria des Grossvaters gemeint ist. Dann würde fiducia stehen für fiduciaria tutela, wie dies wahrscheinlich in der coemptio fiduciae causa der Fall ist.

Zu Gunsten der zweiten Auslegung spricht, dass nach Ulpians Definition eine fiduciaria tutela nur vorliegt, wenn die schliessliche Remancipation unterblieben ist, somit eine fiducia contracta nach späterem Sprachgebrauche fehlt.

Uebrigens ist die Aechtheit der Stelle durchaus nicht unzweifelhaft; ein sich unmittelbar anschliessender Satz: verius enim u. s. w. scheint interpolirt zu sein.

Die Quellen der späteren Kaiserzeit zeigen eine Veränderung, man möchte beinahe sagen Verwirrung der Terminologie.

Der westgothische Gaius ²⁾ nennt in Abweichung von dem Original denjenigen, welchem ein Hauskind mancipirt wird, pater fiduciarius. In dem Codex Theodosianus C. 3 de leg. hered. 5, 1 wird die Tutel des mancipirenden Gewalthabers als fiducia bezeichnet, aber anscheinend nicht nur die tutela fiduciaria, sondern auch die legitima:

Quoties de emancipatae filiae successione tractatur seu eam *fiducia* nomen abstrinxit, seu etiam nulla comitantur suffragia liberorum

¹⁾ Gaius 1, § 175. — ²⁾ Tit. 6, § 3.

Zur Erläuterung bemerkt die Interpretatio: *filia, quam fiduciatam nominavit, hoc est emancipatam*. Ferner sind nach den Institutionen die Söhne des pareus manumissor fiduciarii tutores¹⁾, während die früheren Fälle der fiduciaria tutela im justinianischen Rechte beseitigt sind.

Endlich nennen die Institutionen nach Vorgang eines justinianischen Gesetzes²⁾ schlechthin die Abrede der schliesslichen Remancipation *fiducia*; vgl. Inst. III, 2, § 8:

Ad legitimam successionem nihilo minus vocatur etiam parens qui *contracta fiducia* filium vel filiam, nepotem vel neptem ac deinceps emancipat, quod ex nostra constitutione³⁾ omnimodo inducitur ut emancipationes liberorum semper videantur contracta fiducia fieri, cum apud antiquos non aliter hoc obtinebat, nisi specialiter *contracta fiducia* parens manumisisset.

Nach dieser in J. III, 9, § 4 wiederkehrenden Darstellung liegt eine fiducia vor, wenn nach Gaius und Ulpian nicht eine fiduciaria tutela, sondern eine legitima eintritt. Die Veränderung des Sprachgebrauchs spricht für die zwischenzeitliche Identifizierung der legitima und der fiduciaria tutela und ist vielleicht durch Missverständniss der pfandrechtlichen Terminologie zu erklären.

Im Erbrecht finden sich die bekannten Ausdrücke *heres fiduciarius*⁴⁾ und *hereditas fiduciaria*⁵⁾.

II. Auf dem Gebiete des Pfandrechts bezeichnet fiducia sowohl das Geschäft der Pfandsicherung⁶⁾, als den verpfändeten Gegenstand⁷⁾. Die Handlung des Verpfändens wird

¹⁾ Inst. 1, 18: de fiduciaria tutela. — ²⁾ Const. 4, § 25 Cod. de bonis libert. 6, 4: *ὡς αὖτε δοχοῦσης contracta fiducia τῆς emancipationis γέγενεσθαι*. — ³⁾ C. 6, C. de emanc. liber. 8, 48. — ⁴⁾ Fr. 46, fr. 49 pr. D. ad S. C. Treb. 36, 1. — ⁵⁾ Fr. 9, § 1 D. de reb. cred. 12, 1; fr. 46 D. ad S. C. Treb. 36, 1. — ⁶⁾ Vgl. Spanische Fiduciartafel: „fidi fiduciae causa mancipio accepit“; ferner Gaius, Institutionen: fiducia contrahitur 2, 60, (creditori) fiduciae causa mancipio dare 2, 59, 2, § 220. 3, § 201. Paulus, sententiae: „causa fiduciae finiri non potest“ 2, 13; fiduciae dare 2, 13. 3, 6. 5, 1. Fragm. Vat. 94: „(ex causa) fiduciae ablatu est“. Papinian: „ne fiducia daretur“. Fragm. Vat. 252: „fiducia obligatio“ l. 9 C. Th. de inf. 15, 14; vgl. auch Götz und Gundermann, Glossae, Leipzig 1888, S. 71. 466. — ⁷⁾ Vgl. Spanische Fiduciartafel „is fundus eaque mancipia fiducia essent“. Cicero pro Flacco 51: „fiducia tamen accepta — hanc fiduciam commissam tibi dicis“. Paulus, sententiae 1, 9. 2, 13. 2, 17. 5, 26 und in Consultatio Cap. VI, Lib. II.

von älteren Juristen wiedergegeben mit *fiduciae causa mancipio dare* bzw. in *iure cedere*, von späteren mit *fiduciae dare*^{1,2)}. Die Pfandklage heisst *actio* oder *iudicium fiduciae*³⁾. Das Eigenschaftswort *fiduciarius* drückt bei Paulus⁴⁾ aus, dass eine Sache in der Form der *fiducia* verpfändet ist. Dagegen findet sich der Ausdruck *creditor fiduciarius*, soweit ich sehen kann, in den Quellen nicht⁵⁾.

Ausschliesslich dem Pfandrecht gehört an das Verbum *fiduciare*, gleich verpfänden, welches auf Grabinschriften⁶⁾, bei Tertullian⁷⁾ und in späteren Rechtsquellen⁸⁾ vorkommt.

Ohne genau erkennbare Beziehung wird das Wort *fiducia* an zwei Stellen der *Fragmenta Vaticana*⁹⁾, die nicht lesbar sind, und einige Mal bei Cicero¹⁰⁾ gebraucht, sodann *iudicium* bzw. *actio fiduciae* unter den *iudicia bonae fidei*¹¹⁾, den infamirenden¹²⁾ und denjenigen Klagen aufgeführt, deren *formula* ohne Fiction concipirt war^{13,14)}.

Eine Beziehung auf ein anderes als Pfandgeschäft lässt

1) Vgl. ausser den Citaten aus Gaius und Paulus Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten diese Zeitschrift 7, S. 46 — 48. —

2) Im übrigen sind die Fragmente, bei denen eine Interpolation für *fiducia cum creditore* vorliegt, bei der Darstellung des Sprachgebrauchs nicht berücksichtigt worden, weil die Reconstruction zu unsicher ist. —

3) Vgl. Paulus, *sententiae* 2, 13: „*fiduciae actio*“ und „*fiduciae iudicium*“; ferner Modestin in *Collatio* X, cap. II, §§ 2 und 3; vgl. S. 106. —

4) Vgl. Paulus, *sententiae* 2, 13: „*servus fiduciarius*“ und „*res fiduciaria*“. —

5) Eine Glosse „*fiduciarius: qui alienam rem fiducialiter accipit*“, welche von Voigt (XII Tafeln 2, S. 109, Anm. 7) mit Salemo gloss., von Brissonius mit glossa Palaemonis citirt ist, war mir nicht zugänglich, würde aber nur beweiskräftig sein, wenn gerade ein *creditor fiduciarius* gemeint wäre. — 6) Vgl. Bruns, *Fontes* II, 15, 1, Nr. 7, S. 307: „*ne veneat, ne fiduciare liceat,*“. Dasselbst Nr. 8: „*ea condicione, ne fiducient, ne vendent*. Beide Steine sind in Rom gefunden worden. — 7) Tertullian *de idololatria* 23: „*sub pignoribus fiduciati*“. — 8) Ducange sub voce *fiducia* und *infiduciare*, weitere Anführungen bei Rudorff, Ueber die baetische Fiduciar-

tafel, *Zschr. f. Rechtsgesch.* Bd. 11, S. 65, Anm. 7. — 9) Fr. 18 (wahrscheinlich Pfandgeschäft und Pfandklage) und fr. 37. — 10) Cicero *de offic.* III, 15 und 17, *Caecina* 7: „*per fiduciae rationem fraudare*“, *Topic.* 10, 42: „*qui fiduciam accepit*“. *De nat. Deor.* 3, 30, 74, *ad famil.* 7, 12, 2. —

11) So indirect Cicero *de off.* III, a. a. O. Gaius, *Institutionen* 4, § 62. — 12) Cicero *Caecina* 7, *Qu. Roscio* 12; Gaius 4, § 182. *Lex Iulia municipalis* 1, 11 (25), *Fontes* p. 101. — 13) Gaius 4, § 33. — 14) Ohne erkennbare Beziehung findet sich *actionem fiduciae* in *Fragm. Vatic.* Nr. 334, vgl. S. 117 d. *Ztschr.*

sich für die *actio fiduciae* nicht nachweisen, auch nicht durch Rückschluss aus Collat. II, Cap. III: Papinianus libro definitionum secundo sub titulo de iudicatis:

Per hominem *liberum* noxae deditum si tantum adquisitum sit, quantum damni dedit, manumittere cogendus est a praetore, qui noxae deditum accepit: *sed fiduciae iudicio non tenetur.*

Der Rückschluss aus der Verneinung der Klage lässt sie nach der Wortstellung statthaft erscheinen, nicht, wie Ubbe-lohde¹⁾ annimmt, bei der *mancipatio voluntaria*, sondern bei der *noxae deditio* eines Sklaven. Die *noxae deditio* auf Zeit lässt sich aber als Pfandsicherung auffassen, vgl. Gaius I, 140: „nam hunc actor pro pecunia habet“.

Für den in der modernen Litteratur oft gebrauchten²⁾ Ausdruck *pactum* oder *lex fiduciae* ist mir keine Belegstelle³⁾ bekannt. Doch ist selbstverständlich gegen Bildung und Gebrauch nichts einzuwenden.

b) Einheitliche Ableitung und Folgerungen.

Dieser Sprachgebrauch legt es nahe, die verschiedenen Rechtsausdrücke auf einen einheitlichen Gedanken zurückzuführen, in ihnen einzelne Anwendungen eines allgemeineren Rechtsinstituts zu finden.

Als gemeinsames Moment ist die vertrauliche Abrede hervorgehoben worden, welche zu einer formellen Rechtsübertragung hinzutretend, besondere Rechte und Pflichten begründe. Diese Abrede, so wird weiter angenommen, habe ursprünglich die Bezeichnung *fiducia* getragen⁴⁾ und dadurch

¹⁾ Zur Geschichte der benannten Realcontracte S. 55, Anm. 58. —

²⁾ Vgl. z. B. Esmarch, Rechtsgeschichte S. 136: „diejenige Geschäftsfigur —, die unter dem Namen *lex* oder *pactum fiduciae* im Rechtsleben der damaligen Zeit eine höchst wichtige Rolle spielte“. —

³⁾ Gaius I, 140. 172 nennt zwar, wie Geib, *Actio fiduciae* und Realvertrag, diese Zeitschrift 8, S. 118, hervorhebt, die Abrede der Remancipation des mancipirten Hauskindes „*lex*“, aber weder *lex fiduciae* noch *fiducia*. — ⁴⁾ Vgl. Conradi, De pacto fiduciae, Exerc. I; Helmstädt 1732, § 2 (unter Berufung auf Boethius); Glück, Bd. 14, S. 9 (weil besonders auf die Treue des Gläubigers gestellt); Puchta, Institutionen § 247, II, S. 246 (Abrede der Remancipation); Savigny, System Bd. V, S. 517; Huschke, Zeitschrift für geschichtliche Rechts-

die weitere Anwendung des Wortes und seiner Ableitungen vermittelt. Unterstützt wird die Annahme einmal durch die Bedeutung von contracta fiducia in Institutionen und Codex, sodann aber durch die Ableitung, welche Boethius giebt.

„Haec mancipatio fiduciaria nominatur idcirco quod restituendi fides interponitur.“

Von der gewonnenen Grundlage aus ergeben sich Folgerungen.

I. Ist fiducia ein Abkommen, so ist actio fiduciae die Klage auf Einhaltung der vertraulichen Abrede bzw. wegen Bruchs derselben. Damit würde die infamirende Wirkung und der Nachdruck stimmen, den Cicero bei der Würdigung des iudicium fiduciae auf die Verletzung der fides legt ¹⁾.

II. Ferner ist es klar, dass vertrauliche Abreden bei Gelegenheit einer Rechtsübertragung noch in anderen Fällen vorkommen als in den angeführten. Es liegt daher nahe, auch dem contractus fiduciae ein ursprünglich weiteres Gebiet zuzuweisen, wofür dann wiederum die hergebrachte Auslegung der Gaiusstelle, Boethius und die vermutheten Interpolationen Bestätigung erbringen.

So sehr dieser Gedankenbau anmuthet, so ist doch seine Grundlage eine unsichere. Die Bezeichnung der Abrede als fiducia ist für die klassische Jurisprudenz nicht erweislich. Das Zeugniß der justinianischen Quellen steht mit dem älteren Sprachgebrauche in Widerspruch. Boethius kann, wie unten zu zeigen ist, hinsichtlich der fiducia keine Autorität beanspruchen.

Sodann ist bei der Erklärung technischer Ausdrücke stets die Anlehnung an den allgemeinen Sprachgebrauch wünschenswerth. Dieser Zusammenhang ist nicht an eine Vermittelung

wissenschaft 14, S. 230, 42; Karlowa, Rechtsgeschäft S. 195 (= Be-
redung der Remancipation); Dernburg, Pfandrecht Bd. 1, S. 9; Puntchart,
Civilrecht der Römer S. 280; Karlowa, Rechtsgeschäft S. 195 (fiducia
ist die Abrede, dass remancipirt werden soll); Marezoll, Institutionen
§ 89, S. 221; Ubbelohde, Zur Geschichte der benannten Realcontracte
S. 55; Salkowski, Institutionen § 79, S. 193 (fid. d. i. der formlose
Nebenvertrag); Padeletti, Römische Rechtsgeschichte S. 154 (Neben-
abrede); Sohm, Institutionen S. 39 (fiducia ist die Treuhänder-Clausel).
Voigt, XII Tafeln S. 166.*

¹⁾ Cicero de off. III, 17, § 70, Qu. Rosc. 116, Caecina 7.

durch das sog. *pactum fiduciae* gebunden. Er wird für die nachweisbaren Rechtsausdrücke viel einfacher und unmittelbarer hergestellt, sobald man die Hypothese des einheitlichen Ursprungs fallen lässt und es für möglich hält, dass ein und derselbe Wortstamm auf zwei verschiedenen Wegen Bezeichnungen für das Rechtsleben geliefert hat.

c) Getrennte Ableitung und Folgerungen.

Auf dem Gebiete des Familien- und Erbrechts steht dem Zusammenhange des angeblichen *pactums* mit der Terminologie entgegen, dass Gaius *matrimonii causa* und *fiduciae causa* als Gegensätze behandelt. Eine vertrauliche Abrede kann aber nur als Mittel, nicht als Zweck eines Geschäfts gedacht werden. Ferner nennt Gaius nicht den Coemptionator Fiduciar, sondern denjenigen, an welchen die Frau behufs Freilassung mancipirt wird, obgleich das sog. *pactum fiduciae* doch in erster Linie mit dem Coemptionator geschlossen wurde. Endlich steht es fest, dass bei dem Universalfideicommiss weder Mancipation noch Vertrauensabrede vorkam, während sich die Bezeichnungen *fiduciarius* und *fiduciaria* finden. Eine Parallele zwischen *mancipatio* und *pactum* einerseits, Erbenstellung und Fideicommiss andererseits ist deshalb nicht ausreichend, weil sie auch beim Singularfideicommiss zutrifft, während die fraglichen Rechtsausdrücke fehlen. Es muss deshalb ein anderes Element sein, das den drei Verhältnissen gemeinsam ist. In der That wird sowohl dem Coemptionator als dem tutor *fiduciarius* und dem Erbschaftsfiduciar ein Recht übertragen, das sie nicht um ihrer selbst, sondern um eines anderen willen erwerben und ausüben sollen, das ihnen zusteht, nicht wie ein eigenes, sondern wie ein fremdes, ihnen anvertrautes Gut. Das Haben in fremdem Interesse im Gegensatz zu dem eigenen wird auch von nicht juristischen Schriftstellern durch das Wort *fiduciarius* ausgedrückt. Seine Verwendung im Familien- und Erbrecht zur Zeit der klassischen Jurisprudenz entspricht daher der allgemeinen Bedeutung.

Eine technische Abweichung enthält freilich die Bezeichnung der Tutel selbst als *fiducia*, wie sie in den Ausdrücken *coemtio fiduciae causa*, *fiduciam contrahere* und *fiduciae nomen* zu liegen scheint. Doch ist der Uebergang zu dieser Bedeu-

tung mit Rücksicht auf den Charakter der Tutel nicht gewagter als bei der zuerst besprochenen Ableitung. Der Sprachgebrauch der justinianischen Quellen geht allerdings über die vorstehende Gedankenfolge hinaus. Er scheint auf der Mitberücksichtigung der pfandrechtlichen Terminologie und bereits auf dem Bedürfnisse zu beruhen, die überlieferten Rechtsausdrücke einheitlich aufzufassen.

Auf dem Gebiete des Pfandrechts ist sowohl die Ableitung aus dem pactum als der Gesichtspunkt des Anvertrauens möglich. Aber beide Hypothesen würden den Namen des Geschäfts nicht von seinem Hauptzweck, der Pfandsicherung, sondern von einem secundären Moment, den Grenzen des gewährten Rechts, ableiten. Dieser Mangel ist von Puchta¹⁾ empfunden worden. Er beruft sich auf den Sinn der Römer für Freiheit des Eigenthums, der die Pflicht zur Rückübertragung auffallend erscheinen liess, und fährt fort: „So erklärt sich, dass man die Verpfändung nicht von der dem Gläubiger eingeräumten Gewalt (wie man erwarten sollte), sondern von der dem Schuldner vorbehaltenen Befugniss und der Verabredung, die sie gab, dass man sie fiducia nannte.“ Da eine obligatorische Verpflichtung die Freiheit des Eigenthums nicht beeinträchtigt, so genügt die Erklärung, die Puchta giebt, nicht. Sein Befremden ist berechtigt, aber in anderer Weise zu beseitigen. Wenn ein Pfandgeschäft mit einem Ausdruck bezeichnet wird, welcher nach seiner Ableitung (von fides) und seinem sonstigen Gebrauch Vertrauen, Zuversicht bedeutet, so ist erlaubt, daran zu denken, dass es der einzige Zweck jedes Pfandgeschäfts ist, dem Gläubiger das Vertrauen, die Zuversicht zu geben, dass er wegen seiner Forderung befriedigt werden wird. Diese fiducia debitum accipiendi, Zweck und Wirkung der Pfandfiducia, hat ihr auch wahrscheinlich den Namen gegeben²⁾. Dafür spricht, dass nicht nur das Geschäft, sondern auch das Pfand selbst fiducia heisst. Der Uebergang von der Wirkung auf ihren Grund ist nicht schwierig. Auch in der Gegenwart wird nicht nur von Pfandsicherheit und Sicherheitleisten, sondern auch von Sicherheit bestellen geredet, ja das Pfand selbst

¹⁾ Vgl. Institutionen § 247 II S. 246 unten. — ²⁾ Ueber ältere Vertreter dieser Ableitung vgl. Conradi a. a. O., Anm. 8.

als Sicherheit, Cautio bezeichnet. Der Weg von dem Versprechen der Rückgabe bis zu dem anvertrauten Gegenstande dürfte weiter sein. In einem speciellen Falle ist er nahezu ungangbar. Das *pactum conventum* der spanischen Fiduciar-tafel hat folgenden Wortlaut:

quam pecuniam usque eo is fundus
 eaque mancipia *fiducia essent*, donec . . .

Die Form *essent* beweist, dass nicht nur eine Nebeneinanderstellung verschiedener Objecte beabsichtigt, sondern ungeachtet des Singulars *fiducia*, an die gleichzeitige Verpfändung mehrerer Objecte gedacht war. Sieht man die ursprüngliche Bedeutung von *fiducia* in der Sicherung des Gläubigers, so ist der Satz durchaus correct. Es liegt eine etwas weniger weitgehende Metonymie vor als bei dem Gebrauche des Plurals. Die mancipirten Gegenstände sollen für den Gläubiger eine Ursache des Vertrauens sein. Auch in der Gegenwart könnte man sagen, sie sollen sein eine Sicherheit, eine Garantie. Von dem herrschenden Standpunkte aus ist eine gleiche Erklärung schwierig, so dass eine Emendation *fiduciae* in Vorschlag gebracht worden ist¹⁾, welche durch die versuchte Ableitung entbehrlich wird. Die vermuthlich älteste Form der dinglichen Sicherung hiess somit schlechterdings Sicherung²⁾. Die spätere Verengerung des Wortsinns kann sich durch das Aufkommen neuer Formen erklären. Diese Veränderung war wiederum geeignet, den Zusammenhang zu verdunkeln. Eine spätere Zeit konnte nicht füglich die Benennung der Pfand-*fiducia* aus dem Sicherheitszweck erklären, welchen sie ja mit *pignus* und Hypothek gemein hatte. Es lag nahe, ein unterscheidendes Merkmal zu suchen. Ein solches bot sich in der Pflicht zur Remancipation, die sich dazu bei ähnlich benannten Instituten des Familienrechts wiederfand. Die Erklärung der pfandrechtlichen Terminologie dürfte demnach

¹⁾ Vgl. den Abdruck in den *Fontes* S. 251 und Degenkolb, Ein *pactum fiduciae* in *Hermes* 1869, S. 294, Anm. 2. — ²⁾ Mit Rücksicht auf diese ursprünglich weite Bedeutung des Wortes ist es bedenklich, aus dem Umstande, dass Cicero bei der Verpfändung eines Provincialgrundstücks von *fiducia* redet (*pro Flacco* 21, 51) zu folgern, dass ein civilrechtliches Eigenthumspfand am Provincialboden zulässig war. A. M. Geib, *Actio fiduciae* und Realvertrag. *Diese Zschr.* 8, S. 126, Anm. 4; S. 149.

auch die Bedeutung von fiducia contracta im justinianischen Rechte verständlich erscheinen lassen.

Die actio fiduciae hat nach der vorstehenden Auffassung mit Vertrauensbruch oder vertraulicher Abrede gar nichts zu thun; sie ist wörtlich die Sicherheits-, die Pfandklage, d. h. zunächst die Klage auf Rückgabe der Sicherheit, sodann die Klage wegen anderer Ansprüche, die durch die Sicherheitsleistung entstanden sind. Sie entspricht genau der actio pigneraticia. Die infamirende Wirkung erklärt sich hinreichend aus der Nothwendigkeit, den Schuldner gegen die Machtstellung des Gläubigers möglichst zu schützen ¹⁾. Das Fehlen der Diebstahlsklage gegen den Gläubiger-Eigenthümer, welcher die fiducia verbrachte, musste dazu führen, der Vertragsklage eine starke Wirkung beizulegen. Die oben angeführten Aeusserungen Ciceros scheinen durch das Bedürfniss veranlasst zu sein, den etymologischen Zusammenhang von fides und fiducia oder die Worte „ut inter bonos bene agier oportet“ rhetorisch zu verwerthen.

Die Hypothese der doppelten Ableitung führt zu wichtigen Folgerungen.

I. Erstens verbietet sie den Schluss aus der Terminologie des Familien- und Erbrechts auf die Anwendung der actio fiduciae.

Diese Consequenz ist bereits aus anderen Gründen für jeden der drei Fälle wahrscheinlich.

1) Die Frau stand in der manus des Coemptorators bezw. desjenigen, an den sie weiter mancipirt war. Dass sie gegen den Inhaber der manus ein civiles iudicium auf Mancipation oder Manumission anstellen konnte, wird auch von Vertretern der herrschenden Meinung ²⁾ nicht angenommen.

2) Die actio fiduciae bei der Mancipation eines homo liber wird von Papinian selbst für den Fall verneint, dass sie

¹⁾ Die Nichterwähnung des depositum unter den infamirenden Contracten der lex Iulia municip. L. 101 nöthigt nicht zu dem Schlusse, dass es damals unter der fiducia inbegriffen war. Denn eine jede Condemnation beim Depositum setzte im Unterschiede von den anderen dasselbst angeführten Verträgen dolus voraus und konnte deshalb unter der Clausel *deve dolo malo* inbegriffen sein. — ²⁾ Vgl. Ubbelohde, Zur Geschichte der benannten Realcontracte S. 55, Anm. 58.

als Pfandklage gelten konnte¹⁾. Sein Ausspruch wäre unbegreiflich, wenn sie in anderen Fällen bei der Mancipation eines Hauskindes in Geltung war.

3) Endlich ist es ausser Zweifel, dass der heres fiduciarium niemals mit der actio fiduciae haftete. Gerade dieser Sprachgebrauch beweist ziemlich durchgreifend, dass in der That der Wortstamm fiducia von einander unabhängige Rechtsbegriffe geliefert hat.

II. Zweitens würde die vorgeschlagene Deutung jeden etymologischen Anhalt für eine andere als pfandrechtliche fiducia cum amico beseitigen.

Auch dieses Ergebniss wird durch verschiedene Umstände unterstützt.

1) Es lässt sich behaupten, dass das klassische Rechtssystem keine Lücke aufweist, welche die fiducia cum amico hätte ausfüllen können. Ihr Gebiet wird verschieden umgrenzt²⁾. Nach einer geringeren Schätzung sollen in dasselbe fallen die sogenannten fiduciarischen Rechtsübertragungen, nach Vorbild der coemptio fiduciae causa und der mancipatio manumittendi gratia. Die Abrede, ein übertragenes Recht nach dem Willen und im Interesse des Uebertragenden auszuüben, enthält nach heutigem Rechte den Thatbestand des Mandats und musste nach römischem Rechte ebenso beurtheilt werden. Gaius, der einzige Schriftsteller, welcher die fiducia cum amico ausdrücklich erwähnt, bespricht auch das Mandat ziemlich eingehend, deutet aber nirgends an, dass es ausgeschlossen ist, wenn behufs Ausführung ein Gegenstand mancipirt wird. Die einzige Lücke, welche in seiner Darstellung auffällt, ist die Unzulässigkeit des mandatum post mortem. Aber auch bei dieser Gelegenheit nennt er die fiducia ebenso wenig wie in der ganzen Ausführung, obwohl er mehrfach Anlass gehabt hätte, ein Concurrenzinstitut zum Vergleiche und zur Ergänzung heranzuziehen. Auch nach den übrigen Nachrichten liegt kein Grund vor, die Unvereinbarkeit von Mancipation und Mandat³⁾, somit das Bedürfniss nach einer Gefälligkeitsfiducia anzunehmen. Dass andere als fiduciarische

¹⁾ Vgl. oben S. 106. — ²⁾ Vgl. die Zusammenstellung S. 83. —

³⁾ Ihre Combination ermöglichte die Stellvertretung, welche Jhering, Besitzwille S. 409, Anm. 3 der fiducia zuweist.

Verpflichtungen bei Gelegenheit der Mancipation eingegangen werden konnten, steht fest. Bei den Schenkungen in Mancipationsform war die Stipulation durchaus üblich¹⁾ und zur Sicherung einer beigefügten Zweckbestimmung²⁾ brauchbar. Es ist nicht abzusehen, weshalb nicht auch ein Mandat hinsichtlich der Ausübung des Rechts ertheilt werden konnte.

2) Gaius stellt in der oben besprochenen Hauptstelle über fiducia die fiducia cum creditore und cum amico in einer Weise gegenüber, dass für die Annahme einer Gefälligkeitsfiducia schlechterdings kein Raum bleibt. Wenn zwei wesentlich verschiedene Arten der fiducia cum amico existirten, so konnte Gaius sie nicht unter einer Bezeichnung zusammenfassen und der fiducia cum creditore entgegensetzen. Seine Ausdrucksweise zwingt dazu, entweder die Pfandfiducia mit Vertrauensmann oder die Gefälligkeitsfiducia fallen zu lassen.

3) Collatio X, Cap. II, § 2 und 3 lautet:

Modestinus libro differentiarum secundo de deposito et commodato:

In depositi vero causa sola deponentis utilitas vertitur et ibi dolus tantum praestatur. Sed in ceteris quoque partibus iuris ista regula custoditur; sic enim et in *fiduciae iudicio* et in actionem rei uxoriae et dolus et culpa deducitur, *quia utriusque contrahentis utilitas intervenit*. In mandati vero iudicio dolus, non etiam culpa deducitur.

Modestin stellt somit depositum und mandatum, welche nach der herrschenden Ansicht in den Formen der fiducia abgeschlossen wurden, zu der fiducia in Gegensatz und bezeichnet die letztere als ein Rechtsverhältniss, in dem „*utriusque contrahentis utilitas vertitur*“. Diese Kennzeichnung passt wohl auf die Pfandfiducia cum amico, weil nicht anzunehmen ist, dass die argentarii ihre geschäftlichen Dienste unentgeltlich leisteten, aber nicht auf die Gefälligkeitsfiducia, die nicht gewerbsmässig, sondern nur als Gelegenheitsgeschäft vorkommen konnte.

4) Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass auch Isidor die fiducia auf den Pfandzweck beschränkt; vgl. V, 25, 23:

¹⁾ Vgl. die Beispiele in Fontes II, Nr. 2 a, b, d. — ²⁾ Vgl. die donatio Flavii Syntrophi in Fontes II, Nr. 2 d.

Fiducia est, cum res aliqua *sumendae mutuae pecuniae gratia* vel *mancipatur* vel *in iure ceditur*.

II. Die Boethiusstelle.

Boethius giebt in seinem Commentar zu Ciceros *Topica* bei den Textesworten in *Topic. c. 10*:

Si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaveris, si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator

in seinem Commentar L. IV p. 813 folgende Erläuterung:

fiduciam accepit, cuicunque res aliqua mancipatur ut eam mancipanti remancipet: velut, si quis tempus dubium timens amico potentiori fundum mancipet ut ei cum tempus quod suspectum est praeterierat, reddat. Haec mancipatio fiduciaria nominatur idcirco, quod restituendi fides interponitur.

Die Begriffsbestimmung scheint die herrschende Meinung, ja das gewählte Beispiel gerade die übliche Auslegung der Gaiusstelle durchaus zu bestätigen.

Indess diese Uebereinstimmung ist nicht wunderbar. Die Worte des Boethius enthalten selbst¹⁾ eine Auslegung der Gaiusstelle.

Die Autorität des Boethius in juristischen Fragen ist gering und beruht nur auf der Benutzung juristischer Schriften. Benutzt sind unter anderem die Institutionen des Gaius. Boethius erklärt zu Cic. *Top. c. 5, Comm. Lib. III*:

Mancipi res veteres appellabant, quae ita abalienabantur ut ea abalienatio per quandam nexus fieret solennitatem. Nexus vero est quaedam iuris solennitas quae fiebat eo modo, quo in Institutionibus Gaius exponit: —

Folgt die Beschreibung der *mancipatio* aus Gaius

Aus diesem Citat geht hervor, dass Boethius hinsichtlich der Mancipation nicht auf eigener Anschauung, sondern auf Gaius fusste. Es ist desshalb wahrscheinlich, dass auch das Institut der *fiducia* ihm fremd war, dass er es nur erläutern wollte, „sicut Gaius exponit“, und dass er Gaius ebenso verstanden hat wie moderne Ausleger.

¹⁾ Dirksen, Auszüge aus den Schriften der römischen Rechtsgelehrten, übertragen in die Werke des Boethius. Abhandlungen der Berl. Akademie, 1851, S. 97.

Die Uebereinstimmung scheint auch im einzelnen vorhanden zu sein. Die unbestrittener Massen am häufigsten angewandte Form, die fiducia cum creditore, wird von Boethius gar nicht erwähnt, ja durch seine Begriffsbestimmung genau genommen, ausgeschlossen. Denn der Zweck der Pfandfiducia ist nicht remancipatio und sie hat auch durchaus nicht immer diese Wirkung. Eine solche Uebergehung würde bei Benutzung eines reicheren Materials unverständlich sein, erklärt sich aber, wenn Boethius nur die Gaiusstelle ins Auge fasste. Denn die fiducia cum creditore pignoris iure musste jemandem, der nichts weiteres von dem Rechtsinstitute kannte, unklar bleiben. Um so verständlicher konnte der zweite Fall scheinen, die Mancipation an einen Freund, „weil unser Vermögen bei ihm sicherer sei“. In den Zeiten interimistischer Barbarenherrschaft, wie die Regierung Odoakers und Theodorichs von den Römern aufgefasst werden konnte, mochte für viele der Gedanke nahe liegen, sich durch Oblation ihres Grundeigenthums an einen potentior den Schutz desselben zu sichern. Boethius war deshalb in der Lage, die vermeintliche Andeutung des Gaius aus eigener Anschauung zu ergänzen. Aus dem Umstande, dass an dieser Stelle der Gewährsmann nicht genannt wird, ist kein Grund gegen die Benutzung zu entnehmen. Boethius ist auch in anderen Fragen ¹⁾ in gleicher Weise vorgegangen.

Die Etymologie der mancipatio fiduciaria dürfte auf freier Combination beruhen.

III. Die angeblichen Interpolationen für fiducia cum amico.

Eine Interpolation für fiducia cum amico zu anderen als Pfandzwecken oder doch eine selbständig erkennbare ²⁾ Beziehung auf dieses Institut ist, soweit ich sehen kann, bei 16

¹⁾ Vgl. Dirksen a. a. O. S. 88. 89. 90. — ²⁾ Diejenigen Quellenstellen, welche lediglich auf Grund der anderweit gewonnenen Vorstellung von der Gefälligkeitsfiducia auf dieselbe bezogen werden, wie z. B. die nicht besprochenen Anführungen von Voigt, XII Tafeln II, § 86, S. 178 ff., werden nicht erörtert, weil sie keinen Anhaltspunkt für die Existenz eines solchen Rechtsinstituts erbringen.

Digestenstellen behauptet worden, die sich in fünf Gruppen ordnen lassen.

a) Erste Gruppe. — *Fiducia cum amico* als Manumissionsgeschäft.

Die erste Gruppe wird von vier Fragmenten gebildet, welche sich auf die *mancipatio manumittendi gratia* beziehen. Es sind dies fr. 30, fr. 27, § 1 D. *mandati* 17, 1, fr. 5, § 1 D. *de cond. e. d.* 12, 4 und fr. 18 D. *de don.* 39, 5. Die Deutung von zwei anderen Fragmenten, fr. 7 *de evict. et dupl. stip.* 21, 2 und fr. 84 *ad l. Falc.* 35, 2 ist von der zu treffenden Entscheidung abhängig.

Die Hauptstelle ist fr. 30 D. *mand.* 17, 1¹⁾:

Iulianus libro tertio decimo digestorum.

Si hominem tibi dederō, ut eum manumitteres, et postea procurator meus prohibuerit, ne manumitteres, an mandati agere possim, si tu eum manumiseris? respondi, si procurator iustam causam habuit interpellandi manumissionem servi, quem in hoc solum acceperam, ut manumitterem, veluti si compererit eum postea falsas rationes confecisse, insidias vitae prioris domini struxisse, tenebor, nisi denuntiationi procuratoris parvero: si vero nulla iusta causa procuratori fuit denuntiandi ne servus manumitteretur, non poterit mecum agi, quamvis ad libertatem eum perduxerim.

Lenel hat nachgewiesen, dass Julian in dem 13. Buche der Digesten von der *fiducia* gehandelt hat. Daraus folgert Lenel, dass auch der angeführte Ausspruch sich ursprünglich auf die *fiducia* und zwar auf die *fiducia cum amico* bezog. Dies Ergebniss wird auch für fr. 7 D. 21, 2 und fr. 84 D. 35, 2 bedeutsam.

Fr. 7 D. *de evictionibus et duplae stipulationibus* 21, 2:

Iulianus libro tertio decimo digestorum.

Qui a pupillo substitutum ei servum emit, agere cum substituto ex empto potest et ex stipulatu de evictione, cum neutram earum actionum adversus pupillum habere potuerit.

¹⁾ Lenel, *Quellenforschungen*. Diese Zeitschrift 3, S. 177 ff. *Pa-lingenesia* I, S. 354, Nr. 218.

Fr. 84 D. de legem Falcidiam 35, 2:

Iulianus libro tertio decimo digestorum.

Repperitur casus, quo heres agere potest quamvis testator agere non potuerit, veluti si tutor, cum solveret legata, non interposuerit stipulationem, quanto plus, quam per legem Falcidiam capi licuerit solutum fuerit, reddi, pupillus quidem eo nomine tutelae non agit, sed heredi eius hoc quoque nomine tutor obligatus erit.

Lenel¹⁾ bezieht beide Fragmente mit Recht auf die Frage, ob eine obligatio ex persona heredis entstehen könne. Die Controverse betraf nachweisbar auch das Mandat²⁾. Wegen der Inscription nimmt Lenel eine dem mandatum post mortem entsprechende fiducia post mortem an, welche naturgemäss zu einer entsprechenden Controverse Anlass geben konnte.

Eine scheinbar überzeugende Bestätigung der Interpolationshypothese wird geliefert³⁾ durch Fragmenta Vaticana Nr. 334, wo der Erwerb von Klagen durch Procuratoren behandelt wird und sich neben anderen Beispielen folgende Satztrümmer vorfinden:

Iulianus _____
et si m _____
actor denuntiet _____
fiduciae actionem _____

Sobald bei fr. 30 fiducia angenommen wird, liegt die Identificirung der beiden Fragmente sehr nahe³⁾.

Indessen die Grundlage der Hypothesen ist unsicher. Lenel verweist das Mandat in das 14., demnach das nächstfolgende Buch von Iulianus Digesten. Es ist nun möglich, dass Julian dieselbe Materie bereits im 13. Buche begonnen hat. Den römischen Juristen war die Bucheintheilung durch den Umfang der Papyrusrollen vorgezeichnet⁴⁾, und wenn sie ebenso wie die anderen Schriftsteller bemüht waren, eine entsprechende

¹⁾ Quellenforschungen, diese Zschr. 3, S. 178. Palingenesia I, S. 354, 219 und 220. — ²⁾ Vgl. auch fr. 21 D. 17, 1 (Julian). — ³⁾ Vgl. Lenel, Kritisches und Exegetisches, diese Zschr. 8, S. 205. — ⁴⁾ Birt, Das antike Buchwesen, Berlin 1882, S. 127 ff. Krüger, Quellen und Litteratur des römischen Rechts § 18, S. 136, 37 und in dieser Zschr. 8, S. 378.

stoffliche Gliederung herzustellen, so konnte doch unter Umständen eine Unterbrechung unvermeidlich werden¹⁾.

Die Feststellung auf Grund der Inscriptionen ist freilich schwierig. Denn infolge der Beschaffenheit der römischen Zahlenzeichen konnte gerade ein Irrthum um einen Verticalstrich sehr leicht vorkommen, so dass eine scheinbare Unterbrechung auch auf einer Corruption beruhen kann. Von den 71 Inscriptionsfehlern, die Lenel in seinem Edict S. 447 zusammenstellt, werden dreissig durch die Wahrscheinlichkeit eines solchen Versehens, beziehungsweise des Zusammentreffens von Sach- und Bucheintheilung gerechtfertigt. Dennoch nimmt auch Lenel verschiedene Unterbrechungen an²⁾.

Zu Gunsten einer solchen sprechen in dem vorliegenden Falle erhebliche Gründe.

Weder das 13. noch das 14. Buch von Julians Digesten beschränken sich auf einen Gegenstand. In dem ersten werden Depositum und fiducia, in dem zweiten societas und vermuthlich actiones in factum behandelt. Es sind somit Buchrollen gemischten Inhalts, deren Charakter wenig dadurch geändert wird, dass man das Mandat einer einzigen zuweist, statt es auf beide zu vertheilen.

Die Vertheilung wird gefordert durch das Verhältniss der Ortsbezeichnungen, welche die vom Mandat handelnden Fragmente tragen. Bei dieser Untersuchung ist das erste der drei angeführten Fragmente unbedingt zu den Mandatsstellen zu rechnen. Hinsichtlich der beiden anderen ist eine solche Beziehung nicht unwahrscheinlich. Ausser ihnen finden sich noch zwei andere Fragmente mit derselben Ortsangabe, die zweifellos vom Mandat handeln und bei denen Lenel eine handschriftliche Verderbniss des Citats annimmt³⁾, nämlich fr. 6, § 6 und fr. 14 pr. D. Mandati 17, 1. Wieviel Stellen sind es nun, welche diesen drei bis fünf Fragmenten gegenüber zu Gunsten des 14. Buches in Betracht kommen? Nach

¹⁾ Krüger a. a. O. — ²⁾ Vgl. in der Uebersicht der Edictscommentare bei Lenel, Edict. S. XVI ff.; Ulpian 16/17, 20/21, 26/27, 60/61, 69/70, 80/81; Paulus 24/25, 76/77; Gaius 23/24; Julian 6/7, 57/58. —

³⁾ Palingenesia I, S. 355, fr. 223 und 227. Bei fr. 14 hatte Lenel früher gleichfalls Interpolation für fiducia cum amico als möglich angenommen, vgl. Edict S. 232, Anm. 6.

Lenels Palingenesia im ganzen zwei¹⁾. Bei einem solchen Zahlenverhältniss lässt sich eine Einordnung des Mandats in das 14. Buch nur rechtfertigen, wenn man mit Lenel die Existenz der Gefälligkeitsfiducia als festgestellt ansieht. Ist sie Beweis-thema, so scheint es zutreffender, eine Vertheilung der Materie anzunehmen oder, wenn man die systematische Bucheintheilung auf Kosten der Ueberlieferung wahren will, die zwei Stellen des 14. Buches für verderbt zu erklären und die Materie des Mandats ausschliesslich in das 13. zu verweisen.

Durch dieses Ergebniss schwindet der Anhalt für die Annahme einer Interpolation und auch für die Identificirung mit dem vaticanischen Fragmente. Denn übereinstimmend bleibt nur, dass Julian durch die denuntiatio eines Procurators eine Klage entstehen lässt, während die Natur der beiden Klagen eine verschiedene wird. Es steht fest, dass Julian die Verhältnisse der Procuratoren auch sonst behandelt hat und dass bei der Pfandfiducia Denuntiationen üblich waren. Deshalb ist es wahrscheinlich, dass in dem vaticanischen Fragmente eine sonst verlorene Stelle gemeint ist.

Die drei übrigen Fragmente, bei welchen eine Interpolation für fiducia cum amico zu Manumissionszwecken angenommen wird, sind folgende.

1) fr. 27, § 1 D. mandati 17, 1²⁾:

Gaius libro nono ad edictum provinciale.

Si servum ea lege tibi tradidero, ut eum post mortem meam manumitteres constitit obligatio: potest autem et in mea quoque persona agendi causa intervenire veluti si paenitentia acta servum recipere velim.

2) fr. 5, § 1 D. de cond. c. d. 12, 4³⁾:

Ulpianus libro secundo disputationum.

Si servum quis tradiderit alicui ita ut ab eo intra certum tempus manumitteretur, si paenituerit eum qui tradiderit et super hoc eum certioraverit et fuerit manumissus post poeni-

¹⁾ Fr. 31 D. mandati 17, 1; fr. 13 D. de fidei. 46, 1. — ²⁾ Lenel, Quellenforschungen, diese Zschr. 6, S. 177 ff.; Palingenesia I, S. 214, fr. 232, 1. — ³⁾ Lenel, Quellenforschungen, diese Zschr. 6, S. 177 ff., und in dieser Zschr. 9, S. 182.

tentiam, attamen actio propter poenitentiam competit ei, qui dedit.

3) fr. 18, § 1 D. de donationibus 39, 5 ¹⁾:

Ulpianus libro septuagesimo primo ad edictum.

Aristo ait, cum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est, et ita et Pomponius eum existimare refert. Denique refert Aristonem putare si servum tibi tradidero ad hoc, ut eum post quinquennium manumittas non posse ante quinquennium agi, quia donatio aliqua inesse videatur: aliter atque, inquit, si ob hoc tibi tradidissem, ut continuo manumittas: hic enim nec donationi locum esse et ideo esse obligationem. sed et superiore casu quid acti sit, inspiciendum Pomponius aii: potest enim quinquennium non ad hoc esse positum, ut aliquid donetur.

Die Interpolation für fiducia wird aus der Gleichheit des Thatbestandes mit demjenigen des Julianfragments gefolgert. Sie erledigt sich durch dieselbe Erwägung und untersteht ausserdem bei den einzelnen Fragmenten besonderen Bedenken.

1) Der Beginn und die Fortsetzung des fr. 27 handeln zweifellos vom Mandat. Lenel ²⁾ nimmt desshalb an, dass Gaius sich für die Fortbildung des Mandats auf die bei der fiducia post mortem feststehenden Rechtssätze berufen habe. Indessen die Stelle verräth nichts von dieser beispieleweisen Verwerthung. Die vollständige Beseitigung jeder Spur würde eine geschicktere Interpolation voraussetzen, als sie in den Digesten üblich ist.

2) An fr. 5 knüpft Lenel ³⁾ die allgemeinere Hypothese, dass die actio propter poenitentiam durch die Gesetzgebung Justinians als Ersatz für die beseitigte Klage aus der Gefälligkeitsfiducia eingeführt sei. Dieser Hypothese steht, abgesehen von der Unerweislichkeit des Rechtsinstituts noch das Bedenken entgegen, dass die actio mandati durchaus geeignet war, die Lücke auszufüllen. Das Fragment selbst ist wohl interpolirt, aber, wie Gradenwitz ⁴⁾ in hohem Grade wahrscheinlich gemacht hat, in sehr bedeutendem Umfange, so dass

¹⁾ Lenel, Palingenesia II, p. 40, Anm. 3. — ²⁾ Lenel, Palingenesia I, S. 214, Note 5. — ³⁾ Lenel, Recension zu Gradenwitz, diese Zschr. 9, S. 182. — ⁴⁾ Interpolationen S. 155 ff.

die Existenz einer echten Grundlage für § 1 überhaupt zweifelhaft ist. Es ist möglich, dass die *actio propter poenitentiam* nach dem ursprünglichen Zusammenhange als Mandatsklage aufzufassen war. Sie kann auch von den Compilatoren selbstständig eingeschoben sein. Eine Entscheidung ist kaum zu fällen, aber ein besonderer Anhaltspunkt für fiducia nicht vorhanden.

3) Fr. 18 gewährt bei rein fiduciarischer Mancipation dieselbe Klage wie bei einer zu Schenkungszwecken dienenden nach Eintritt der gesetzten Frist. Dies passt durchaus auf Mandat. Die Deutung auf fiducia würde voraussetzen, dass die *actio fiduciae* das Mittel war, bei einer mit Modus belasteten Schenkung die Ausführung des Modus zu sichern. Dem widerspricht die einzige über ein solches Geschäft erhaltene Urkunde¹⁾. Die Schenkung wird vollzogen durch Mancipation „(in condic)ionem, ut infra scriptum est“, die Ausführung der eingehenden Bestimmungen aber nicht durch *pactum fiduciae* gesichert, sondern durch Pönalstipulation.

b) Zweite Gruppe. — Fiducia cum amico verdrängt durch *depositum commodatum*ve.

Die Wortverbindung *depositum* und *commodatum* findet sich in den Digesten an mehreren Stellen, an denen sie keinen befriedigenden Sinn giebt oder aus anderen Gründen interpolirt erscheint.

Bei vier dieser Stellen, nämlich bei fr. 1, § 47, D. 16, 3; fr. 31, D. 13, 7; fr. 27, D. 15, 1 und fr. 6, D. 45, 3, wird eine ursprüngliche Beziehung auf fiducia cum amico vermuthet. Sobald man davon ausgeht, dass früher *depositum* und *commodat* in den Formen der fiducia geschlossen wurden, liegt die Möglichkeit vor, dass die justinianischen Juristen auf Grund des Zusammenhangs für das veraltete Rechtsinstitut seine rechtsgeschichtlichen Nachfolger einfügten. Immerhin setzt dieser Gedankengang voraus, dass die interpolirten Stellen ausschliesslich von der fiducia cum amico handelten, da sonst die Interpolation von *pignus* nicht fehlen würde. Dafür bieten drei derselben keinerlei Anhalt; auch begegnet

¹⁾ Vgl. Donatio Flavii Syntrophii Fontes p. 203.

bei allen die Annahme einer fiducia besonderen Schwierigkeiten.

Näher scheint eine andere Hypothese zu liegen, eine Interpolation für receptum.

Justinian hatte die actio recepticia vollständig aufgehoben¹⁾. Dadurch musste den Compilatoren die Aufgabe erwachsen, ihre Spuren zu tilgen. Aber die Ausführung war nicht leicht. Denn das Wort „recipere“ bzw. „receptum“ kommt in der römischen Rechtssprache sehr häufig und in sehr verschiedener Bedeutung vor. Insbesondere umfasst es nahezu alle Schattirungen unseres deutschen „empfangen“, unter anderen auch die Empfangnahme einer Sache bei Miethe, Depositum oder Commodat. Sehr bezeichnend ist der Sprachgebrauch Ulpian in fr. 1, § 10—13, D. depos. 16, 3. Ulpian unterscheidet bei denen, qui servum receperunt²⁾, ob Miethe, Innominatvertrag oder depositum vorliegen. Letzteres nimmt er an, wenn der Empfänger nur für den Lebensunterhalt zu sorgen hatte und kein Entgelt für die Dienste vereinbart war. Einige Zeilen weiter gebraucht Ulpian recipere und receptum für den Empfang der deponirten Sachen. Receptum in diesem Sinne kann daher unter Umständen mit depositum und commodatum gleichbedeutend sein: aber es kann auch einen weiten Kreis von Geschäften umfassen oder sich auf einen einzigen der verbundenen Verträge beziehen.

Die Vielseitigkeit des Wortes musste den Compilatoren um so grössere Schwierigkeit bereiten, als bereits zu ihrer Zeit die actio recepticia „inuitato recessit vestigio“³⁾. Anscheinend haben sie grosse Vorsicht beobachtet und nicht nur das technische recipere durch constituere, sondern auch das untechnische receptum, wo es irgend zweideutig schien, durch depositum vel commodatum ersetzt.

Bei der Eile der Arbeit waren Missgriffe unvermeidlich. Unter anderem⁴⁾ scheint das untechnische receptum einmal

¹⁾ Const. 4, § 1, C. de const. pec. 4, 18: „et omnia quae de recepticia in diversis libris legislatorum posita sunt, aboleantur“. —

²⁾ Vgl. auch das Edict de servo corrupto D. 11, 3: „Qui servum servam alienum alienam recepisse u. s. w. dicetur“. Dazu Ulpian fr. 1, § 2; fr. 5 pr. h. t.; fr. 48, D. 47, 2. — ³⁾ C. 2 pr. C. de const. pec. 4, 18. —

⁴⁾ Das technische recipere ist vielleicht stehen geblieben in fr. 4, § 1,

mit *constitutum* vertauscht zu sein und zwar in fr. 23, D. *depositi* 16, 3:

Modestinus libro secundo differentiarum.

Actione *depositi conventus servo constituto cibariorum nomine apud eundem iudicem utiliter experitur.*

Das Fragment ist offenbar unecht.

1) Nach vorjustinianischem Recht konnte das *constitutum* überhaupt nicht auf eine nicht fungible Sache gehen¹⁾, wohl das *receptum*, daher ist *constitutum servi* bereits an einer anderen Stelle, wie Lenel²⁾ hervorhebt, für *receptum* interpoliert worden.

2) Wenn dessenungeachtet ein *constitutum servi* oder ein technisches *receptum* gemeint gewesen wäre, so hätte der Verpflichtete nicht mit der *actio depositi* belangt werden können.

3) Die *Collatio* giebt endlich in X, 2, 5 denselben Ausspruch in folgendem Wortlaut wieder:

Actione *deposito conventus cibariorum nomine apud eundem iudicem utiliter experitur: at is, cui res commendata est, improbe cibariorum exactionem intendit. Impensas tamen necessarias iure persequitur, quas forte in aegrum vel alias laborantem impenderit.*

Auf den ersten Blick liegt die Annahme nahe, dass „*servo constituto*“ von den Compilatoren eingeschoben sei.

Indessen einmal lässt die *Collatio* die Mittheilung vermissen, dass ein Sklave deponirt ist. Der Anspruch wegen Unterhaltungskosten tritt ganz unvermittelt auf und könnte ebenso gut auf ein Thier bezogen werden, während die Erörterung über *Commodat* zeigt, dass ein Sklave gemeint war.

Zweitens würde es vollkommen unverständlich sein, wie jemand darauf kommen konnte, den Ausspruch Modestins durch eine derart unverständliche Glosse zu entstellen.

Die Schwierigkeiten fallen weg, sobald man annimmt, dass für „*servo constituto*“ „*servo recepto*“ stand. *Servum*

D. de manum. 40, 1 und möglicherweise durch *depositum vel commodatum* ersetzt worden in fr. 2 D. de fidei. 46, 1 (*apud servum vel pupillum depositum commodatumve fuerit*), wo auch der Schlusssatz *sed ita* von den Compilatoren herrühren kann.

¹⁾ Vgl. C. 2, § 1 C. de const. pec. 4, 18. — ²⁾ Lenel, Beiträge zur Kunde des Edicts, diese Zschr. Bd. 2, S. 65.

recipere war der allgemeine Ausdruck für die Aufnahme eines Sklaven, ohne Rücksicht auf die rechtliche Differenzierung des Geschäfts. Paulus machte sich keines Pleonasmus schuldig, als er von der Anstellung der *actio depositi recepto servo* sprach. Er stellte in diesen Worten einen allgemeinen Thatbestand auf, welcher durch die Depositums- und die Commodatsklage in zwei Specialfälle zerlegt wurde. Die Reconstruction führt daher zu einem annehmbaren Texte.

Die Weglassung der Worte in der *Collatio* kann sich vielleicht dadurch erklären, dass ihr Verfasser diesen Sprachgebrauch nicht verstand und durch Streichung der Worte einen Pleonasmus zu beseitigen glaubte. Die Interpolation in den *Digesten* beruht auf einem Missgriff der Compiler, auf einer Verwechslung des untechnischen *receptum* mit dem technischen oder auf übergrosser Vorsicht.

Der letzterwähnte Moment scheint auch drei Fragmenten zu Grunde zu liegen, welche für *fiducia cum amico vindicirt* werden.

1) Fr. 1, § 47, D. *depositi vel contra* 16, 3.

Ulpianus libro trigesimo ad edictum¹⁾.

Quia autem dolus dumtaxat in hanc actionem venit, quaesitum est, si heres rem *apud testatorem depositam vel commodatam* distraxit ignarus *depositam vel commodatam*, an teneatur et quia *dolo non fecit*, non tenebitur de re an tamen vel de pretio teneatur quod ad eum pervenit? et verius est teneri eum: hoc enim ipso dolo facit quod id quod ad se pervenit, non reddit.

Für die Interpolation dieses Fragments sprechen zwei Erwägungen.

Einmal ist *apud testatorem* auch auf *commodatam* zu beziehen, was sprachlich ungewöhnlich ist²⁾ und in der Regel von den Juristen vermieden wird³⁾. Zweitens geht Ulpian

¹⁾ Pernice, *Parerga*, diese Zschr. Bd. 8, S. 227, Anm. 6 (zweifelnd). —

²⁾ In den *Digesten* findet er sich nur an drei Stellen (in fr. 2 D. de fid. 46, 2, in fr. 9 D. de rei vind. 6 und in fr. 3, § 20 D. 41, 2), von denen die erste der Interpolation, die zweite zum mindesten der Kürzung verdächtig ist. — ³⁾ Vgl. fr. 9, § 1 D. de public. 6, 2; fr. 4 D. ad exhib. 10, 4; fr. 8, § 7 D. de liber. legat. 34, 3; fr. 36 D. de usurp. 41, 3;

davon aus, dass die behandelte Klage nur auf dolus zu begründen sei. Dies passt auf depositum, aber nicht auf commodatum, welches zu den römischen Musterbeispielen für strengere Haftung gehörte.

Die zweite Schwierigkeit wird durch die Annahme einer fiducia nicht beseitigt, wohl aber durch die Vermuthung, dass Ulpian an dieser Stelle ebenso wie in früheren Paragraphen desselben Fragments receptam für deposito acceptam gebraucht hat. Dass die Interpolation nicht auch auf diese früheren Paragraphen erstreckt wurde, erklärt sich aus dem wiederholten Gebrauche des Wortes in verschiedenen Formen, welche eine Verwechselung mit dem technischen receptum, zugleich aber auch die Ausführung einer Interpolation erschwerte.

2) Fr. 31 D. de pign. act. 13, 7.

Africanus libro octavo quaestionum¹⁾.

Si servus pignori datus creditori furtum faciat, liberum est debitori servum pro noxae deditione relinquere: quod si sciens furem pignori mihi dederit etsi paratus fuerit pro noxae dedito apud me relinquere, nihilominus habiturum me pignoratitiam actionem, ut indemnem me praestet. eadem servanda esse Iulianus ait etiam cum *depositus vel commodatus* servus furtum faciat.

Die Interpolation dieses Fragments wird ziemlich wahrscheinlich durch Vergleichung desselben mit fr. 62 D. de furtis 47, 2, das dieselbe Inscription trägt.

In beiden Stellen ist für pignus fiducia zu lesen. Die Wendung „pro noxae deditione relinquere“ deutet auf Eigenthum des Geschädigten. Zu demselben Ergebniss führt die Heranziehung des servus, „qui in causa redhibitionis est“. Ein Widerspruch liegt darin, dass fr. 31 für commodat und depositum dieselben Grundsätze aufstellt wie für fiducia, während fr. 62 bei Mandat und Depositum eine gesteigerte, bei Commodat nach dem wahrscheinlich verderbten Wortlaut eine schwächere Haftung vorschreibt.

Die Beseitigung der Antinomie durch Beziehung auf

fr. 1, § 33 D. de vi 43, 16; fr. 9 pr. D. de duob. reis 45, 2; fr. 77 pr. D. de furt. 47, 2.

¹⁾ Lenel, Palingenesia 1, S. 30; fr. 108, Note 4, S. 212, Note 1.

fiducia cum amico contracta ist an dieser Stelle allerdings möglich, aber nur dann, wenn man sie als Pfandgeschäft auf- fasst. Unter dieser Voraussetzung ist die Gleichstellung mit der Gläubigerfiducia verständlich. Die Gefälligkeitsfiducia hätte dagegen zu verschiedenen Graden der Haftung führen müssen, je nachdem sie den Zwecken des Mandats, des depo- situm oder commodatum diene. Wahrscheinlicher dürfte wiederum eine Interpolation für *servus receptus* sein. Nach dem Zusammenhange steht dann dem *servus fiduciarius*, dem in das Eigentum des Bestohlenen übergegangenen Sklaven, der *receptus* gegenüber, welcher noch einem anderen gehört. Julian würde dann nur sagen, dass auch bei der blossen ver- tragsmässigen Uebergabe des Sklaven eine durch *noxae datio* nicht abwendbare Haftung für *dolus* eintritt, was im allge- meinen zutrifft.

Unter der *fiducia* würden dann beide Formen der Pfand- fiducia verstanden sein.

Für diese Auffassung lässt sich geltend machen, dass African in dem ausführlicheren fr. 62 nur ganz allgemein von *fiducia* spricht, ohne ihre beiden Unterarten zu trennen, und dass er dann nach kurzem Berühren der *redhibitio* auf die Fälle eingeht, in denen eine blosser Uebertragung der Detention vorliegt. Ferner ist es nicht nothwendig, aber wahrscheinlich, dass die Interpolation einer bestimmten Wendung auf die Aus- merzung desselben Wortes hindeutet. Endlich scheint, wie erwähnt, gerade *recipere servum* ein ziemlich häufig gebrauchter Ausdruck gewesen zu sein.

3) Fr. 27 pr. de peculio 15, 1.

Gaius libro nono ad edictum provinciale¹⁾.

Et ancillarum nomine et filiarum familias in peculio actio datur: maxime si qua sarcinatrix aut texitrix erit aut aliquod artificium vulgare exerceat, datur propter eam actio. *Depo- siti quoque et commodati actionem* dandam earum nomine Iulianus ait sed et tributariam actionem, si peculiari merce sciente patre dominove negotientur, dandam esse.

Das Vorliegen einer Interpolation scheint zweifellos. Die actio de peculio ist nicht durch den Betrieb eines Gewerbes

¹⁾ Vgl. Lenel, Palingenesia I, S. 212, Anm. 1.

bedingt, daher der mit maxime eingeleitete Satz unnöthig. Die Ansprüche aus Depositum und Commodat können wohl mit einer adjecticischen Klage geltend gemacht, aber nicht als besondere Art derselben aufgeführt werden. Auch ist die vierfache Wiederholung von actio datur bezw. actionem dandam esse auffallend.

Lenel¹⁾ nimmt Interpolation für fiducia cum amico an und verweist auf seine Ausführungen über die fiducia cum servo contracta. Als Eigenthümlichkeit derselben wird eine Dolusclausel hervorgehoben, welche, aus einer actio legis fiduciae causa hervorgegangen, erst später auf die adjecticischen Formeln der anderen Klagen übertragen wurde. Dieser Umstand scheint aber nicht geeignet, die Schwierigkeiten dieses Fragments zu beseitigen, insbesondere eine Einordnung der actio fiduciae in die Reihe der adjecticischen Klagen zu rechtfertigen.

Zwei andere Lösungen sind möglich.

Der Ausdruck actio nomine alicuius datur ist doppel-sinnig: er bezeichnet die Zuständigkeit einer Klage im activen und im passiven Sinne. Julian giebt an einer vielbesprochenen Stelle dem filius familias die actio depositi et commodati, an einer anderen wenigstens die erste Klage in eigenem Namen²⁾. Den Compilatoren ist allenfalls zuzutrauen, dass sie diese aktive Zuständigkeit mit der passiven verwechselten und desshalb die beiden Klagen in die Gaiusstelle einfügten. Indessen die beiden Julianstellen sind selbst nicht ganz unverdächtig, da sie das Klagerecht nicht nur subsidiär geben und die Zusammenstellung der beiden Contracts- mit zwei Delictsklagen sehr auffallend, auch eine befriedigende Erklärung für die Ausnahmestellung der beiden Klagen noch nicht vorhanden ist. Ein Zusammenhang wäre schliesslich auch umgekehrt denkbar. Ausserdem kann Julian nur von der filia familias gehandelt haben. In der Gaiusstelle treten aber die ancillae in den Vordergrund. Desshalb ist eine zweite Lösung wahrscheinlicher.

Die beiden verdächtigen Klagen werden in demselben Satz mit der actio tributaria erwähnt. Nun kam in dem

¹⁾ Palingenesia 1, S. 212, Anm. 1. — ²⁾ Fr. 9 D. de O. et A. 44, 7 und fr. 1, 19 D. dep. 16, 3.

Edict über die *actio tributoria* der Ausdruck vor: „quod inde *receptum* erit. Ulpian geht in seinem Commentar näher auf den Ausdruck ein und gebraucht ihn in verschiedenen Wendungen. Ungeachtet einzelner Anzeichen ist der Ausdruck nicht auf das technische *receptum*, sondern auf *recipere* gleich „Kaufpreis einziehen“ ¹⁾ zurückzuführen. Es liegt jedoch nahe, dass Julian oder Gaius das Wort in einer Weise brauchten, dass die Compileren seine Beseitigung für rathsam und die Einfügung der gebräuchlichen Formel *depositum vel commodatum* für möglich hielten. Der Zwischensatz *maxime u. s. w.* würde dann durch eine Ausführung von *merce* zu erklären und das Fragment etwa wie folgt zu reconstruieren sein:

Et ancillarum nomine et filiarum familias in peculio actio datur de merce quoque et si quid eo nomine *receptum* erit ²⁾ Iulianus ait tributoriam actionem dandam esse, si peculiari merce sciente patre dominove negotientur.

4) Fr. 6 D. de stip. 45, 3 ³⁾.

Pomponius libro vicensimo sexto ad Sabinum.

Ofilus recte dicebat et per traditionem accipiendo vel *deponendo commodandoque* posse soli ei adquiri, qui iussit. quae sententia et Cassi et Sabini dicitur.

Das vorstehende Fragment ist unbedingt interpolirt und zwar auch hinsichtlich der hervorgehobenen Worte. Es schiebt den genannten Sabinianern eine Ansicht unter, die sie nach dem Berichte von Gaius ⁴⁾ nicht gehabt haben. Allerdings bestand ein Schulstreit über die Erheblichkeit des *iussus* beim Sklavenerwerb. Aber auch die Sabinianer nahmen nach Gaius eine Wirkung nur an bei Stipulation und Mancipation, nicht dagegen bei sonstigem Erwerbe. Zu diesem Widerspruch kommt hinzu, dass sowohl ein Herausgreifen des *Depositum* und des *Commodat* aus der Reihe der geschäftlich wichtigeren Verträge, wie eine Ausnahmebehandlung dieser Rechtsgeschäfte zweck- und grundlos erscheint.

¹⁾ Vgl. z. B. fr. 16, § 1 D. de her. pet. 5, 3 und a. a. O. —

²⁾ Ulpian in fr. 5, § 5, D. 14, 4. — ³⁾ Vgl. Lenel, Palingenesia I, S. 30, Anm. 4, S. 123, Anm. 4, S. 802, Anm. 2; II, S. 137, Anm. 2. Voigt, XII Tafeln II, S. 178. — ⁴⁾ Vgl. Gaius, Institutionen III, § 167, § 114.

Die Reconstruction des Fragments mit Hülfe der fiducia cum amico contracta kann in doppelter Art gedacht werden. Man kann es beziehen auf den Erwerb des Eigenthums und auf den Erwerb der actio fiduciae.

1) Dass der iussus bei dem Eigenthumserwerb durch mancipatio fiduciae causa Wirkung hatte, ist anzunehmen. Denn mancipatio und pactum fiduciae waren vermuthlich getrennt. Aber diese Annahme war eben desshalb selbstverständlich. Gaius erwähnt die fiducia bei Besprechung des Sklavenerwerbes gar nicht. Dies ist correct. Ofilius hatte, wenn die Worte deponendo commodandoque auf fiducia cum amico zu deuten sind, nicht bloss die mancipatio fiduciae causa, sondern auch ihre beiden Unterarten besonders genannt. Eine solche Weitschweifigkeit ist unwahrscheinlich.

2) Die persönliche Berechtigung aus dem pactum fiduciae fällt unter den Begriff der obligatio; sie wird weder von Gaius noch in sonstigen vom Sklavenerwerb handelnden Stellen hervorgehoben und ist anscheinend wie die übrigen Obligationen behandelt worden. Ihre Reconstruction führt zu denselben Bedenken wie die actio depositi vel commodati.

Es liegt nun mit Rücksicht auf die vorher besprochenen Interpolationen vielleicht nahe, an recipere und zwar im technischen Sinne zu denken. Es wäre möglich, dass einzelne Juristen denjenigen Vertrag, welcher die strenge actio recepticia begründete, den Formalcontracten der mancipatio und stipulatio gleichstellten. Indessen Gaius erwähnt weder ein recipere noch den Literalcontract. Die Annahme ist desshalb bedenklich. Sie ist auch unnöthig, da eine andere Erklärung sich bietet.

Es ist nicht unwahrscheinlich, dass bei Anfertigung der Digesten die bereits durchcorrigirten bzw. interpolirten Fragmente in Abschrift einer erneuten Durchsicht behufs Correctur bzw. Interpolation unterworfen wurden. Nur diese Hypothese erklärt die verhältnissmässige Vollständigkeit in der Ausmerzung grundsätzlich beseitigter Ausdrücke. Dadurch ist aber die Möglichkeit einer successiven Interpolation gegeben. Es ist denkbar, dass bei der ersten Correctur die ursprünglich allein erwähnte mancipatio durch die Tradition

ersetzt¹⁾ und bei der zweiten es auffallend gefunden wurde, dass der Sklave zwar durch den Empfang, aber nicht durch Hingabe einer Sache, z. B. durch Hinterlegung oder Leihe für den *jubens* erwerben könne. Die Ausdehnung auf diese Fälle schien dadurch geboten, dass der ganze Titel von dem Erwerb von Obligationen handelt und die Gesetzgebung Justinians den *jubens* überhaupt begünstigte²⁾.

Ob diese Annahme der Wirklichkeit entspricht, ist nicht zu ermitteln. Immerhin bietet sie weniger Schwierigkeiten als die *fiducia cum amico contracta*.

c) Dritte Gruppe. — *Fiducia cum amico* verdrängt durch *depositum*.

Bei drei Fragmenten wird eine Interpolation von *depositum* für *fiducia cum amico* angenommen.

1) Fr. 32 D. *depositi ad contra* 16, 3³⁾.

Celsus libro undecimo digestorum.

Quod Nerva diceret latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam *in deposito* praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem is, quam suis rebus diligentiam praestabit.

Voigt⁴⁾ hält das Fragment desswegen für interpolirt, weil der Depositar nur für *dolus* hafte. Nun wird allerdings von Celsus eine gewisse cura verlangt, somit auch eine beschränkte Haftung für culpa anerkannt. Aber dieser anscheinende Widerspruch ist gerade beabsichtigt. Er zwingt zu der Lösung „*latior culpa dolus est*“ und beweist dadurch das *thema probandum*. Die Einfügung von *fiducia* würde der Beweisführung die Schlüssigkeit, den Worten „*minorem quam suis rebus*“ die Correctheit nehmen.

¹⁾ Vgl. insbesondere die Anführungen von Gradenwitz: „Per traditionem accipere in den Pandekten“, diese Zschr. 6, insbes. S. 59. —

²⁾ Vgl. C. 2, C. per quas personas nobis acquiritur 4, 27. — ³⁾ Vgl. Voigt, *Ius naturale* III, Anm. 1273. — ⁴⁾ Vgl. Voigt, XII Tafeln II, § 86, Anm. 1.

2) Fr. 13, § 1 D. eodem¹⁾.

Paulus libro trigensimo primo ad edictum.

Competit etiam *condictio depositae* rei nomine, sed non antequam id dolo admissum sit: non enim quemquam hoc ipso, quod *depositum* accipiat, conductione obligari, verum quod dolum malum admiserit.

Voigt nimmt an, dass *condictio* (sc. causa finita) *depositae* rei nomine interpolirt sei, weil diese *condictio* Eigentumserwerb des Beklagten voraussetze. Indessen die *condictio* des Fragments wird nur desswegen gegeben „quod dolum malum admiserit“. Es ist deshalb nicht die *condictio* causa finita, sondern, wie in fr. 16 D. de cond. furt. 13, 1, die *condictio furtiva* gemeint, welche auch dem Eigenthümer zusteht.

3) Fr. 1, § 42 D. eodem²⁾.

Ulpianus libro trigensimo ad edictum.

Filium familias teneri depositi constat, quia et ceteris actionibus tenetur: sed et cum patre eius agi potest dumtaxat de peculio. idem et in servo: nam cum domino agatur. plane et *Iulianus scripsit* et nobis videtur, si eorum nomine qui sunt in potestate agatur, veniat in iudicium et „*si quid per eum in cuius iure sunt captus fraudatusve est*“, ut et dolus eorum veniat, non tantum ipsorum cum quibus contractum est.

Ein Bedenken gegen die Echtheit des Fragments ergibt sich aus der Zusammenstellung mit fr. 3, § 5 D. commodati 13, 6 und fr. 36 D. de peculio 15, 1¹⁾. In der ersten Stelle wird mit Bezug auf die Haftung des Gewalthabers bemerkt: „ut *Iulianus libro undecimo* circa pigneraticiam actionem distinguit“. In der zweiten führt Ulpian die Verallgemeinerung dieser Haftung nicht auf Julian, sondern auf Pomponius zurück. Es scheint naheliegend, dass in fr. 3, § 5 D. 13, 6 „pigneraticiam“ für „fiduciae“ steht und dieselbe Nachricht in dem zur Untersuchung stehenden Fragmente verborgen ist. Indessen die Interpolation in fr. 3, § 5 D. 13, 6 ist, wie Lenel³⁾ hervorhebt, desswegen ausgeschlossen, weil Julian im

¹⁾ Vgl. Voigt, *Ius naturale* III, Anm. 1440. — ²⁾ Vgl. Voigt, *Ius naturale* III, Anm. 140. — ³⁾ Edict S. 234.

11. Buche das pignus und nicht die Fiducia behandelt. Der Inhalt der beiden anderen Ulpianstellen ist aber durchaus vereinbar. Die Anerkennung der Haftung in zwei Specialfällen durch Julian schliesst nicht aus, dass die vollständige Verallgemeinerung auf Pomponius zurückgeht.

d) Vierte Gruppe. — Fiducia cum amico bei der Zuwendung durch Mittelsperson.

1) fr. 12 D. Si quid in fraud. patron. 38, 5.

Javolenus libro tertio epistolarum.

Libertus cum fraudandi patroni causa fundum Seio tradere (mancipio dare) vellet, Seius Titio mandavit, ut eum accipiat, ita ut inter Seium et Titium mandatum contrahatur, quaero, post mortem liberti patronus utrum cum Seio dumtaxat, qui mandavit, actionem habet an cum Titio, qui fundum retinet, an cum quo velit, agere possit? respondit: in eum, cui donatio quaesita est, *ita tamen si ad illum res pervenerit*, actio datur cum omne negotium, quod voluntate eius gestum sit, in condemnationem eius conferatur. *Nec potest videri id praestaturus, quod alius possidet, cum actione mandati consequi rem possit, ita ut aut ipse patrono restituat aut eum cum quo mandatum contraxit restituere cogat. Quid enim dicemus, si is, qui in re interpositus est, nihil dolo fecit? non dubitabimus, quin omnimodo cum eo agi non possit. Quid enim? non potest videri dolo fecisse qui fidem suam amico commodavit quam alii, quam sibi ex liberti fraude adquisiit.*

Die Interpolation des vorstehenden Fragments ist unverkennbar. „Fidem accomodavit, quam alii quam sibi — adquisiit“ kann Javolen nicht gesagt haben.

Diese Schwierigkeit wird erheblich gemildert, wenn man eine Interpolation für fiducia annimmt¹⁾, sei es, dass man fiducia an die Stelle von fides oder die Worte accipiendo fiduciam vor quam einsetzt. Aber immerhin bleibt das für Ohr und Verstand gleich wenig ansprechende „quam alii, quam sibi“ stehen. Sodann bietet das Fragment Anzeichen für eine weitergehende Interpolation. In dem ersten Satz der Antwort

¹⁾ Gradenwitz, Das neu aufgefundene Fragment über die Formula Fabiana, diese Zschr. 9, S. 402.

ist die Bedingung „ita tamen si ad illum res pervenerit“ nach Form und Inhalt verdächtig. Eum und illum bilden einen undeutlichen Gegensatz. Die ganze Bemerkung ist überflüssig, weil nach der Anfrage Titius fundum retinet; sie ist widersinnig, weil sie die Haftung desjenigen „cui donatio acquisita est“ von einer Bedingung abhängig macht, deren Eintritt in dem Relativsatze bereits vorausgesetzt wird.

Der zweite Satz von nec potest an ist gleichfalls bedenklich, wenngleich nicht in hohem Grade. Ich glaube kaum, dass Javolen gesagt hat, der Seius kann das Grundstück dadurch erlangen (consequi), dass er den Titius zur Abtretung an den Patron zwingt. Auch fehlt unter den Befriedigungsmitteln das nächstliegende, die Abtretung der Klage¹⁾.

Weit bedenklicher sind Satz 3 und 4. Die Form ist rhetorisch (zweimal „quid enim?“) und schwülstig (*omnimodo agi non possit*). Eine unmittelbare Antwort auf den zweiten Theil der Anfrage wird gar nicht gegeben, die Begründung der Entscheidung selbst zum Theil vorausgeschickt. Endlich ist der Inhalt des ersten Satzes juristisch, der des zweiten thatsächlich falsch. Nach Ulpian²⁾ kommt es bei der actio Faviana auf den dolus des Empfängers überhaupt nicht an. Die Betonung des Dolus in dem vorstehenden Fragmente beruht entweder auf einer Verschiedenheit des Rechtes zur Zeit des Javolen, was nahezu ausgeschlossen ist, oder auf einem Rechtsirrthume, der nicht Javolen, wohl aber dem moralisirenden Tribonian nahe lag. Während nun der dritte Satz die Hypothese des Dolus als rechtserheblich aufstellt, verneint der vierte die Möglichkeit ihrer Verwirklichung. Es ist dies merkwürdig genug. Noch sonderbarer der Grund. Denn es scheint klar, dass die freundschaftliche Gesinnung gegenüber Seius den Dolus gegen den Patron nicht im mindesten ausschliesst. Die gegentheilige Ausführung ist Compilatorenarbeit. Die Entscheidung selbst erscheint richtig. Titius haftet nicht, aber nur deshalb, weil er keine Schenkung, überhaupt keine Bereicherung erhalten hat, *quia nil adquisiit*. Vielleicht ist

¹⁾ Vgl. als Gegensatz gerade das Fragmentum de formula Fabiana I, Z. 13: „secundum Javolenum quidem et post divortium ipse tenebitur, ut actiones suas praestet“, ferner das zweite Fragment dieser Gruppe. —

²⁾ Fr. 1, § 4. § 24 D. Ei quid in fraud. patrom. 38, 5.

diese Erwägung von den Juristen auch wirklich gegeben und nur von den Compilatoren zu ihren Zwecken verstümmelt worden. Folgender Vorgang ist denkbar. Javolen hat lediglich geschrieben „nec potest cum eo agi, qui potius (ins.) fidem suam amico commodavit quam sibi ex liberti fraude adquisiit“ (intransitiv). Die Compilatoren fanden die Entscheidung zu kurz oder schwer verständlich und gaben ihr eine moralische Begründung. Dabei ist potius aus Versehen oder deshalb, weil das Wort das edle Motiv des Seius ins Ungewisse stellte, beseitigt und die Wirkung auf den Nachsatz zunächst übersehen worden. Solche Fehler konnten bei der Eile der Arbeit vorkommen und stehen bleiben, wie z. B. fr. 34 und 39 D. 13, 7 beweisen. Sie konnten aber auch bei einer erneuten Durchsicht der abgeschriebenen Compilation entdeckt werden. Der Leser, welchem das interpolierte Original nicht vorlag, musste quam auf fides beziehen und adquisiit transitiv fassen. Fides stand dann für res fidei commissa. Eine derartige Metonomie mochte dem Gefühl eines Lateiners oder lateinisch lesenden Griechen des 6. Jahrhunderts mehr zusagen als uns. Aber es lag für ihn noch ein zweites gewichtigeres Bedenken vor. Seius hatte tatsächlich die res nicht für sich, sondern für einen anderen erworben; nur deshalb war er frei von Dolus. In dem Texte stand „quam sibi adquisiit“. Offenbar war dies ein Versehen, welches durch Einschlebung von „alii, quam“ vor „sibi“ verbessert werden konnte und verbessert wurde. Diese Entstehungsgeschichte des Fragments ist freilich nur Hypothese, deren nähere Begründung weder möglich noch an dieser Stelle erforderlich ist. Erheblich ist nur, dass das Responsum Javolens eine sehr umfassende Interpolation erfahren hat und keinen sicheren Schluss auf fiducia cum amico gestattet.

2) Fr. 14 D. quae in fraud. cred. 42, 8¹⁾.

Ulpianus libro sexto disputationum.

Hac in factum actione non solum dominia revocantur, verum etiam actiones restaurantur. ea propter competit haec actio et adversus eos, qui res non possident, ut restituant et adversus eos quibus actio competit, ut actione cedant. proinde

¹⁾ Gradenwitz a. a. O.

si interposuerit quis personam Titii ut ei fraudator res *tradat*, *actione mandati* cedere debet. ergo et si fraudator pro filia sua dotem dedisset sciente fraudari creditores, filia tenetur ut cedat *actione de dote* adversus maritum.

Das Fragment behandelt ein durchaus ähnliches Rechtsgeschäft wie das soeben besprochene und ist auch in seiner Beurtheilung durch letzteres bedingt. Von dem vertretenen Standpunkte aus sind wohl „*tradat*“ und „*de dote*“, nicht aber „*actione mandati*“ für interpolirt zu erachten.

e) Fünfte Gruppe. — *Fiducia cum amico* bei der Schenkung von Todeswegen.

Unter diese Rubrik fällt eine einzige Stelle: fr. 42 D. de mortis causa donat. 39, 6 ¹⁾).

Papinianus libro tertio decimo responsorum.

Seia cum bonis suis traditionibus factis Titio cognato donationis causa cessisset, usumfructum sibi recepit, et convenit ut, si Titius ante ipsam vita decessisset, proprietas ad eam rediret, si postea superstitibus liberis Titii mortua fuisset, tunc ad eos bona pertinerent. igitur si res singulas heredes Lucii Titii vindicent, doli non inutiliter opponitur exceptio. *bonae fidei autem iudicio constituto* quaerebatur, an mulier promittere debeat se bona, cum moreretur, filiis Titii restitutam. incurrebat haesitatio non extorquendae donationis, quae nondum in persona filiorum initium acceperat. sed numquid interposita cautione prior donatio, quae dominio translato pridem perfecta est, propter legem in exordio datam retinetur, non secunda promittitur? Utrum ergo certae conditioni donatio fuit an quae mortis consilium ac titulum haberet? sed denegari non potest mortis causa factam videri. sequitur, ut soluta priore donatione, quoniam Seia Titio superstes fuit, sequens extorqueri videatur. muliere denique postea diem functa liberi Titii si cautionem ex consensu mulieris acceperint, contributioni propter Falcidiam ex persona sua tenebuntur.

¹⁾ Vgl. Keller, Ueber L. Seia 42 pr. D. de mor. causa don., Zschr. f. Rechtswissenschaft von Savigny u. s. w. Bd. 12, S. 400 ff. Voigt, Conditiones ob causam, Anm. 662. Lenel, Palingenesia I, S. 939, fr. 702.

Nach Kellers Vorgang wird in den Worten „bonae fidei“ eine Interpolation für *fiduciae* vermuthet.

Indessen die Urheberschaft Papinians ist sachlich wie formell glaubhaft, diejenige der Compileren unwahrscheinlich.

Seja hat ihr Vermögen schenkungshalber an Titius übertragen und sich Rückgabe bei Vorversterben des Titius ausbedungen. Dieser Fall ist eingetreten, und Seia klagt, wie nach dem Zusammenhange anzunehmen ist, auf Rückübertragung des Eigenthums. Sie konnte dies Ziel mit zwei, möglicherweise mit drei Klagen erreichen: mit einer *condictio*, mit der später *actio praescriptis verbis* genannten Klage und wahrscheinlich mit einer *actio ex stipulatu*.

Aus verschiedenen Schenkungsurkunden¹⁾ und aus *Rescripten*²⁾ ist bekannt, dass nicht selten der durch *Mancipation* vollzogenen Schenkung eine *Stipulation* beigefügt wurde, die schlechthin auf Abwesenheit jedes *Dolus*, aber auch auf die Erfüllung von Auflagen gerichtet sein konnte.

Die *actio ex stipulatu* und die *condictio* waren *stricti iuris*. Dagegen ist es ziemlich wahrscheinlich, dass auch dann, wenn *praescriptis verbis* z. B. *de aestimato* geklagt war, ein *iudicium bonae fidei* gegeben wurde³⁾.

Die Möglichkeit liegt somit vor, dass Papinian an ein *agere praescriptis verbis* gedacht hat. Keller⁴⁾ giebt dies zu, entscheidet sich aber dennoch zu Gunsten einer Interpolation für *actio fiduciae*, einmal weil letztere *vulgaris* und ein *proprium iudicium* gewesen sei und zweitens weil die prägnante Bezeichnung, *bonae fidei iudicium* schlechthin, besser auf die *actio fiduciae* als auf die *actio praescriptis verbis* passe. Der erste Grund steht und fällt mit der Auslegung der *Gaius*- und

¹⁾ Vgl. *Fontes* II, 2 a, b, d. — ²⁾ Vgl. c. 9, 22, 28. *C. de donat.* 8, 53. — ³⁾ Vgl. *Lenel*, *Edict S.* 238: „Hält man diesen Bericht (*Ulpian* 32, fr. 1 *D. de aest.* 19, 3) mit den zahlreichen Stellen zusammen, in denen die *actio praescriptis verbis* als (*incerti*) *civilis actio* bezeichnet wird, und fügt man hinzu, dass dieselbe nach § 28 *J. de act.* (4, 6) und fr. 2, § 2 *de prec.* 43, 26 *bonae fidei* ist, so wird man nicht zweifeln können, dass *intentio* und *condemnatio* unserer Formel denen der übrigen *bonae fidei iudicia* durchaus entsprechen.“ — ⁴⁾ Keller a. a. O. S. 414.

der Würdigung der Boethiusstelle. Der zweite ist näher zu prüfen.

Auf den ersten Blick ist es thatsächlich auffallend, dass Papinian an Stelle eines individuellen Klagenamens den höchst allgemeinen und daher scheinbar unklaren Ausdruck *bonae fidei iudicium* gebraucht haben soll. Dennoch lässt sich die Wahl erklären. Papinian erwähnt das *iudicium* nur, um die Erhebung eines ihn näher beschäftigenden Einwands zu motiviren. Seja hatte sich verpflichtet, nach ihrem Tode das Vermögen an die Kinder des Titius zurückzugeben. Die Beklagten verlangen Caution für Erfüllung dieses Versprechens. Die Erhebung eines derartigen Gegenanspruchs war in einem *bonae fidei*, aber nicht ohne weiteres in einem *stricti iuris iudicium* zulässig. Desshalb und lediglich desshalb war es für Papinian erheblich, welche der drei eben erwähnten Klagen angestellt war. Nun lässt sich regelmässig eine nothwendige Erläuterung dadurch geben, dass der specielle Klagenname genannt und der Hinweis auf die erhebliche Eigenschaft zugefügt oder auch als selbstverständlich weggelassen wird. In dem Falle des Fragments fehlte dieser Ausweg. Denn wie Gradenwitz¹⁾ nachgewiesen hat, war der Ausdruck *actio praescriptis verbis* der klassischen Jurisprudenz unbekannt. Die Juristen sagen wohl *agere praescriptis verbis*, bezeichnen aber die Klage selbst nur als *actio civilis*, *actio incerti*. Diese Wendungen sind noch allgemeiner als *bonae fidei iudicium* und waren überdies für Papinian unbrauchbar, da sie auch auf *condictio* und *actio ex stipulatu* passen. Nur der Ausdruck *bonae fidei iudicium* bot die Möglichkeit, die *actio praescriptis verbis* von den concurrirenden Klagen abzuheben und zugleich den weiteren Vorzug, dass er gestattete, den Klagenamen und die erhebliche Eigenschaft durch dieselbe Wendung anzudeuten. Der beanstandete Ausdruck ist daher sachlich möglich, ja in seiner formellen Prägnanz Papinians würdig.

Die Urheberschaft der Compilatoren erscheint nach beiden Richtungen bedenklich.

Justinian wollte nicht nur Ausdrücke, sondern Institute beseitigen. Wenn die Compiler die *actio fiduciae* durch

¹⁾ Gradenwitz, Interpolationen S. 121—145.

ein allgemeines Wort ersetzt hätten, so würde der Richter, der sie zu geben gewohnt war, vor einem schwer lösbaeren Räthsel gestanden haben. Es lag Veranlassung vor, einen speciellen Klagenamen zu wählen. Auch die Möglichkeit war durch die Einführung des Ausdrucks *actio praescriptis verbis* gegeben und lässt es sich gewiss nicht behaupten, dass die Juristen Justinians an anderen Stellen mit dem Gebrauche dieses Klagenamens zurückhaltend gewesen sind. Endlich ist *iudicium* und speciell *bonae fidei iudicium*, wie Gradenwitz ¹⁾ nachgewiesen hat, bei den Compilatoren nicht beliebt. Sie würden *bonae fidei actio* gesagt haben.

Somit dürfte das besprochene Fragment nicht die Anwendung der *actio fiduciae* bei der Schenkung, sondern nur beweisen, dass ein *agere praescriptis verbis* zu einem *bonae fidei iudicium* führte.

¹⁾ Gradenwitz, Interpolationen S. 104. 105. 107.

Miscellen.

Eine bisher unbekannte Handschrift des Justinianischen Codex befindet sich, wie Amedeo Crivellucci (Professor zu Pisa) in der Schrift: „I codici della libreria raccolte da S. Giacomo della Marca nel convento di S. Maria delle Grazie presso Montepandone“ (Livorno, Raff. Giusti, 1889) p. 36 segg. mittheilt, im Gemeindearchiv zu Montepandone, einer Stadt in der Provinz Ascoli piceno, und zwar in der Handschrift Nr. 8 der Büchersammlung, welche der in Montepandone geborene H. Giacomo della Marca, † 1476, für sein Kloster S. Maria delle Grazie zusammenbrachte. Die Handschrift ist ein Palimpsest, dessen neuere Schrift aus dem Ende des 13. oder dem Anfange des 14. Jahrhunderts den erdichteten Briefwechsel des Apostels Paulus mit Seneca und die Briefe Senecas an Lucilius enthält. Das Pergament ist von drei älteren Handschriften genommen, und zwar 34 Blätter (die vier ersten nicht numerirten, sodann von den numerirten Bl. 52—59, 61—70, 81—91, 100) von einer Handschrift des Codex. Der Gesetzestext ist nach Crivelluccis Angabe (p. 38) sehr correct und zeigt nur wenige Abweichungen von der Krügerschen Ausgabe. Diese stimmen zum Theil mit der Berliner und der Cassinenser Handschrift (beide aus dem 11. oder dem Anfange des 12. Jahrhunderts) überein, zum Theil sind sie der Montepandoner Handschrift eigenthümlich. Besonders interessant sind aber die gleichzeitigen Glossen, welche dem Texte theils zwischen den Zeilen, theils am Rande von verschiedenen Händen beigesetzt sind, und von denen Crivellucci p. 39—42 eine Anzahl mittheilt. Sie sind ihrem Charakter nach den von Chiappelli herausgegebenen Glossen der Pistoieser Codexhandschrift (10. Jahrhundert) verwandt, dem Inhalte nach aber sowohl von diesen wie von den Glossen der Accursischen Sammlung ganz verschieden. Crivellucci hat jedoch einzelne in der Vaticanischen Codexhandschrift 1427 (12. Jahrhundert) theils wörtlich, theils nahezu wörtlich wiedergefunden. Die litterargeschichtliche Bedeutung dieser Glossen wird sich freilich erst beurtheilen lassen, wenn das Alter der Codexhandschrift besser festgestellt ist, denn darüber gehen die Ansichten der von Crivellucci befragten Sachverständigen vom 10. bis zum 13. Jahrhundert auseinander! Die Mehrzahl, sagt Crivellucci p. 38, habe sich für das 11. Jahrhundert

ausgesprochen, und dem schliesst er selbst sich an. Auch mir erscheint im Hinblick auf Charakter und Inhalt der Glossen diese Meinung einstweilen als die annehmbarste, zumal da die beiden anderen Handschriften, welche das Pergament für die Briefe des Seneca geliefert haben, die eine aus dem 10., die andere aus dem 10. oder 11. Jahrhundert stammen. Auf jeden Fall ist sonach die Monteprandoner Handschrift einer näheren Untersuchung werth.

Fitting.

1. Eine unbekannte Constitution über die dos.

Zu den von Zeumer (ed. Formull.) als Cartarum Senonicarum Appendix herausgegebenen Formeln aus merowingischer Zeit (p. 208—211) gehört eine Donatio ad filios (1^a) nebst zugehörigem Mandat (1^b), Gesta (1^c), Verantwortung des Mandatars (1^d). Dieselbe steht, was Inhalt und Form anlangt, durchaus auf dem Boden der lex Romana, welche wiederholt angezogen wird. Die Donatio ist eine Schenkung von Todeswegen an die Söhne des Schenkers welche, wie es heisst, nach der Vorschrift der Lex unehelich sind, weil man bei Eingehung der Ehe mit der Mutter derselben keine cartola libelli dotis ausgefertigt habe (1^a dum non est incognitum, ut femina aliqua nomen illa bene ingenua ad coniugium sociavi uxore, sed qualis causas vel tempora mihi oppresserunt, ut cartolam libellis dotis ad ea, sicut lex declarat, minime excessit facere, unde ipsi filii mei secundum lege naturalis appellant, et filios in ea generavi u. s. w.; 1^c quem ipse, sicut lex declarat, in predictos filios suos illos pro eo, quod in bene ingenua femina illa ipsius generavit et tunc cartola libellum dotis ei secundum lege non adfirmavit, propterea iam dicti filii mei naturalis appellant u. s. w.). Dos ist dabei im germanischen Sinne als Gabe des Mannes an die Frau gedacht. Eine Vorschrift römischen Rechts, welche die Rechtsgiltigkeit der Ehe von der Bestellung einer dos im römischen oder germanischen Sinne abhängig macht, ist nicht bekannt; andererseits hält es doch schwer, wozu Schröder und Zeumer neigen, da die Formeln von einer Vorschrift der Lex — nicht der Lex et consuetudo — sprechen, dem Satze einen andern als römischrechtlichen Ursprung zuzuschreiben.

Wenn ich recht sehe, lässt sich das römische Gesetz in einem m. W. bisher unbekannten Texte nachweisen. Derselbe findet sich in Cod. S. Gall. 731, einer Handschrift aus dem Ende des 8. Jahrhunderts (vgl. Haenel I. R. V. p. LXXIII), mitten in einem Auszuge der Lex Romana Visigothorum. Zum Schluss der Novellen Valentinians stehen (p. 154, 155) zwei unzugehörige Texte, von welchen der eine zweite, eine Stelle aus Paulus Sentenzen, auch in einem Appendix zum Breviar überliefert ist (ed. Krüger, IV 10, 1 u. 2). Der erste Text lautet, wie folgt:

Utrumque constringat id est nūquam minorum(?) quam exegerit futurum uxor spūsalacia largitate dotis titulum noverit collatura . scituris puellis ut parentibus puellarum vel quibus cumque nupturis omnibus infamilie ma culis(?) inorendus qui fuerint sine dote coniuncti ita ut nec matremunio iudicetur nec legitimi et his filii procreentur.

Sieht man von den ersten Worten ab, welche den Eindruck einer Interpretation bez. einer Glosse machen, so lässt sich aus der corruptirten Ueberlieferung etwa folgender Text gewinnen. Die Restitution nimmt kein anderes Verdienst in Anspruch als dasjenige, der Ueberlieferung möglichst nahe zu kommen und eine verständliche Lesung zu liefern.

Uxor sponsaliciam largitatem dotis titulo noverit collatura scituris puellis ut parentibus puellarum vel quibuscumque nupturis omnibus infamiae maculis inurendis qui fuerint sine dote coniuncti ita, ut nec matrimonium iudicetur nec legitimi ex his filii procreentur.

An der Authentizität dieses Satzes ist nach dem Inhalt und dem freilich corruptirten Text, sowie dem Fundorte desselben nicht zu zweifeln. Man wird vermuthen dürfen, dass eine Constitution des Codex Theodosianus (3, 13 oder 4, 6) vorliegt.

2. Zur Litteratur römischen Rechts im Zeitalter Justinians.

a) Lemmata zur Epitome Iuliani.

Die von Haenel, Iul. p. 69 sqq., herausgegebenen Summen (Lemmata) zum Julian sind nicht sämmtlich zur Epitome Iuliani geschrieben. Vielmehr ist eine Anzahl (vgl. insbesondere zu Const. LIV, LX, LXII, LXIII), wie die Uebereinstimmung mit den Rubriken der griechischen Novellensammlung bez. des Authentikum ergibt, einer griechischen Vorlage entlehnt. — Näheres vgl. in meiner Schrift Gesch. der Quellen im früheren Mittelalter, S. 126 ff.

b) Turiner Institutionenglosse.

Ich halte die alte Turiner Institutionenglosse zum guten Theile für Uebersetzung einer griechischen Vorlage und zwar aus folgenden Gründen. 1) Die Glosse operirt mit griechischen Texten des Corpus Iuris (Gl. 1 = D. 27, 1, 2, 6; 12 = C. 1, 4, 30; 303 = C. 6, 4, 4). 2) Einzelne Wendungen der Glosse sind m. E. der griechischen Sprache conform, der lateinischen hingegen fremd (457 indebitum condictitii = ὁ ἀνέξιμος χορηγισμός; 426 post constitutum [contractum] = Iulian. Const. III. c. 2 [συνιστάσθαι, σύστασις]). 3) Eine Anzahl Texte lässt sich am besten begreifen, wenn man sie als missverständliche Uebertragungen aus dem Griechischen auffasst. Man vergleiche zu Gl. 415 hoc videtur tamquam ex praesumptione descendere Theophil. III. 20, 8; zu Gl. 416

adsimilatum Theophil. III. 21, 1 μετασχηματιζόμενον; griechisch ist ferner die Redeweise von Gl. 420 scriptura in litteris praesentia in verbis datione in re für in obligatione quae literis verbis re contrahitur. (Die Annahme Fittings, Tur. Glosse S. 89 u. Not. 44, dass dieser Sprachgebrauch in der späteren occidentalischen Litteratur wiederkehrt, theile ich nicht, da insbesondere die von ihm angezogene Glosse zum Brachyl. IV. 19, ed. Böcking p. 233, keinen Beleg liefert [es handelt sich gewiss um zwei Glossen, die eine quae competunt in personam auf personales actiones, die andere scilicet re verbis literis consensu auf quibus modis contrahatur bezüglich]). Auch die überaus platten Worte in Gl. 411 zu stipuleris (bez. stipulatur), id est interrogas (bez. id est interrogat) sind wohl Uebertragung eines τουτέστιν ἐπερωτᾷς. 4) Es finden sich zahlreiche Beziehungen zu des Theophilus Institutionenparaphrase, wie bereits Schrader, Fitting und Ferrini gezeigt haben, auch zu anderen Schriften der byzantinischen Litteratur (z. B. Gl. 1 und Anon. ad D. 27, 1, 2, 6 [Heimbach Basil. III. 679 sub Nr. 8), darunter auch gemeinschaftliche Irrthümer (454 = Theophil. III. 29, 3; 457 = Fragm. de obligg. causis [Ed. Haubold, Op. II. 351—353]). Die einfachste Erklärung dieses Sachverhalts ist doch wohl die, dass diese Beziehungen, welche zum Theil in wörtlicher Uebereinstimmung bestehen, die Folge der, wenn auch indirecten, Abhängigkeit der einen Schrift von der andern sind: es müsste dann aber schon mit Rücksicht auf die Entstehungszeit der Schriften die Glosse von Theophilus abhängig sein. 5) Die Annahme der Herkunft aus dem Griechischen erklärt auch zahlreiche Härten und Unbeholfenheiten (z. B. 1^b debere für posse, 139 excerpere für concludere, 211 legitimum für puberem, 356 puram rem stipulamur, 366 qui occasionem stipulationes fecerunt, 411 firme stipulatur, 417 qui certissime pecuniam mutuaverunt). — Des näheren ist die hier aufgestellte Ansicht entwickelt a. d. sub a) i. f. a. O. S. 112—116.

c) Die Sammlung De rebus ecclesiae.

Die von Haenel aus dem Cod. Utin. der lex Curiensis herausgegebene Sammlung von kirchenrechtlichen Capiteln der Epitome Iuliani (Sächs. Sitz.-Ber. 1857, 12 ff.) hat Eigenthümlichkeiten, welche sich am besten erklären lassen, wenn man ihre Entstehung in früheste Zeit versetzt. Sie hat nämlich zu Beginn des Textes die Worte Imperator Iustinianus omnibus praefectis. Alamannicus, Gothicus, Francicus, Augustus, und die Schlussclausel Expliciunt constitutiones imperatoris Iustiniani Pii Augusti de rebus ecclesiasticis data diversis temporibus praefectis praetoriorum. So weit ich sehe, können die Angaben über Titulatur des Kaisers und die Adresse der Constitutionen nicht aus Iulian entlehnt sein. Die Beschaffung derselben aus andern Quellen, bez. ihre Combinirung ist aber ganz gegen den Geist und das Vermögen der späteren Jahrhunderte. — Vgl. a. a. O. S. 148 ff.

3. Kanonensammlungen mit römischem Recht aus dem früheren Mittelalter.

a) Die Sammlung des Cod. Philipps. 1741 und S. German. 366.

Der Sammlung des Cod. Philipps. 1741 und S. German. 366 (vgl. Haenel l. R. V p. LXXXV Not. 389 und LXXXVI Not. 390) kommt in der Litterargeschichte des römischen Rechts im früheren Mittelalter eine grosse Wichtigkeit zu, insofern sie sich als Quelle desjenigen frühmittelalterlichen Autors ausweist, welcher über die ausgebreitetste Kenntniss der Quellen römischen Rechts verfügt; es ist dies Hinkmar von Rheims. Die weithin unzutreffenden Inscriptionen bei Hinkmar in seinen Allegationen von Texten aus dem zweiten Titel des 16. Buchs des vollständigen Cod. Theod. (12, 26, 35, 44, 47) erklären sich völlig und lediglich, wenn man Benutzung eines Auszugs des 16. Buchs (welcher auch die im Breviar aufgenommenen Texte, obschon separat, so doch nach dem vollständigen Cod. Theod. enthielt) annimmt, wie er in der bezeichneten Sammlung vorliegt. Es kann sich nur darum handeln, ob Hinkmar daneben auch noch aus anderer Quelle schöpfte. — Näher ist dieses ausgeführt und durch weitere Argumente gestützt a. a. O. S. 255 ff.

b) Die Sammlung des Cod. Vatic. 1339.

Die Sammlung des Cod. Vatic. 1339, über welche zuletzt Merkel in Savignys Gesch. d. r. R. im Mittelalt. VII. 73 ff. berichtet hat, liegt in einem besonders schönen Exemplar in dem Cod. Valicell. B. 11 vor. Die Handschrift scheint mir sicher nicht nach dem 10. Jahrhundert geschrieben zu sein und schon darum die auch aus anderen Gründen anfechtbare Versetzung der Sammlung in das 11. Jahrhundert (vgl. Boretius MGLL IV, p. LXIII, Note 77) nicht zu billigen. Sie enthält, wie ich vermuthe, auch unbekannte Stücke Heinrich des Voglers (1, 67 de his qui per pecuniam sunt ordinati. Henrici regis. Si quis per pecuniam — deiciatur; 1, 83 de etatibus quibus clerici consecrandi sint Henrici R. Si quis ante — nullatenus). — Vgl. a. a. O. S. 215 ff.

c) Neue Kanonensammlungen.

Cod. Vatic. Reg. 453, eine Sammelhandschrift, enthält, fol. 50—55 S. XII (?), das Fragment einer Kanonensammlung, welches Texte aus dem Breviar, der Epitome Aegidii, nebst in den Text gerathenen Glossen zum Breviar, einschliesst. Die Sammlung gehört wohl sicher Frankreich an. — Vgl. a. a. O. S. 264.

Cod. Vatic. 1348 enthält unter dem Titel Incipit liber excerptum ex sententiis canonum sanctorum patrum quod in V divisum est partibus eine Sammlung, in welcher im 22. Titel des 3. Buchs Iulian. Const. V. c. 7 aufgenommen ist. Das Papst- bez. Kaiserverzeichniss zu Ende der Handschrift schliesst mit Paschalis II. und dem 18. Regierungsjahr Kaiser Heinrichs II. (III.) ab.

4. Hinweis auf einen Palimpsest.

Cod. S. Gall. Nr. 908 enthält heute von einer Hand des 8. Jahrhunderts *Excerpta ex Isidoro et Augustino* und ein lateinisches Glossar. Die Handschrift ist rescribirt und aus verschiedenen alten Codices zusammengesetzt, deren Schrift zu einem guten Theil bereits entziffert ist (vgl. [Scherrer] Verzeichn. d. Handschr. d. Stiftsbibl. von S. Gallen S. 327, 328). Acht Blätter der unteren Schrift (p. 277—292) enthalten eine *Maulthierheilkunde* in Uncial aus dem 6. Jahrhundert, welche L. v. Arx auf den Papierblättern, mit welchen die Handschrift durchschossen ist, copirt hat. Schon der gedruckte Catalog erwähnt (a. a. O. S. 328 sub Nr. 8), dass sich unter dieser Uncialhandschrift des 6. Jahrhunderts Spuren von Briefen in allerältester Schrift finden. Dieselbe, welche von L. v. Arx als eine Cursiv aus der Zeit etwa des 4. Jahrhunderts characterisirt wird, könnte jedoch leicht einem juristischen Werk angehören, wie auch die Copie L. v. Arxs in der Handschrift (p. 280) sagt: *vestigia scripturae romanae cursivae antiquissimae de Politicis tractantis L. v. Arx las nämlich folgendes:*

exes . . cones ut d principis
 char . . . ducant: rumanus proponendi
 netur. em prid non apr . . m maco
 caribus,

(sodann mit einem Zwischenraum von etwa einer Zeile):

arbiter et iudex

(und die Entfernung zwischen dieser und der ersten Zeile etwa doppelt genommen)

illius qui crelum veletro secedens ad principem.

Die Worte prid. non. apr. will L. v. Arx sicher gelesen haben (cum pag. 280 linea 4 (sic) clare legitur: prid. non. apr. [a. a. O. p. 277]). Dass eine von sachkundiger Seite unternommene Lesung die Entzifferung fördern wird, kann ich nicht sagen, nur hoffen und wünschen. Zu einer näheren Bestimmung des Inhalts der Schrift, hinter der man an der entzifferten Stelle kaiserliche Constitutionen vermuthen mag, findet sich, soweit ich sehe, kein Anhalt.

Dr. Max Conrat (Cohn).

In der Innsbrucker Universitätsbibliothek wurden kürzlich durch den Bibliothekar an und in den Einbanddeckeln verschiedener Werke eine stattliche Anzahl Pergamentblätter von Pandekten- und Codexhandschriften aus dem 13., 14. und 15. Jahrhundert gefunden, welche, mit Ausnahme eines Blattes, auch die *accursische Glosse* enthalten. Die Pandektenhandschriften gehören zu jener Kategorie verstümmelter Handschriften, in deren Inscriptionen nur der Name der betreffenden

römischen Juristen, behufs Trennung der einzelnen Stellen, übrig geblieben ist; dagegen die Codexhandschriften zu jener Kategorie, in deren Inscriptionen nicht mehr als das Anfangswort „Imp.“ oder „Idem“ stehen geblieben ist, um damit die einzelnen Constitutionen von einander abzuheben.

Die gefundenen Blätter enthalten Stellen aus den Büchern 5, 17, 18, 28, 43 D., 1, 3, 4, 10 C.

Innsbruck.

Schiffner.

Gelegentlich einer spanischen Ferienreise ist es mir möglich geworden, dasjenige Madrider Manuscript nachträglich einzusehen, welches mir bei meiner Ausgabe von Azos Quaestiones (Freiburg i. Br. 1888) mangelte (s. dort S. 7). Ich möchte über das Ergebniss dieser Collation hier ganz kurz berichten; die Handschrift der Madrider Nationalbibliothek (früher Königliche Bibliothek) D 24 bezeichne ich als M und bediene mich im übrigen derselben Zeichen wie in meiner Ausgabe, als Ergänzung zu deren Vorwort diese Notiz zu betrachten ist.

M ist ein gut geschriebener und erhaltener Miscellen-Band aus der Mitte des 13. Jahrhunderts; die Anfangsbuchstaben sind vielfach hübsch miniert oder auch blau verziert. Die Blätter sind von moderner Hand paginirt. Vor unserem Werk stehen bekannte prozessualische Tractate, nach demselben Roffreds Quaestiones; den Raum dazwischen, Blatt 57—62, füllen unsere Quaestiones, mit der Eröffnung: Incipiunt Quaestiones domini Azonis in nomine domini; und den Schlussworten: „diversitas bene notatur“. Mit diesen Schlussworten bricht M, an das Ende der letzten Colonne des Blattes gelangt, die Azonische Sammlung kurz vor Ende der in meiner Ausgabe Nr. XVIII tragenden Abhandlung mitten im Satze ab; auf dem anderen Blatte beginnen alsdann gleich die Roffredischen Quaestiones.

Einschliesslich dieses letzten Fragmentes nun enthält der so begrenzte, sich Azo zuschreibende Theil von M im ganzen 21 Stücke; und zwar genau dieselben wie P und Vat, nur dass das 17. Stück von P und Vat mangelt. Die Stücke 18—22 von P und Vat bilden, mit in sich gleicher Reihenfolge, M 1—4; P und Vat 1—16 bilden, in sich ebenfalls gleichgeordnet, M 5—21; die Texte von M einerseits, P und Vat andererseits, stimmen fast ganz überein, abgesehen etwa von unerheblichen Freiheiten oder Fehlern der Schreiber. M erscheint demgemäss als ein der Familie P Vat angehöriges Exemplar, bei welchem nur das Stück P und Vat 17 ausgefallen ist und die Stücke P und Vat 18—22 an den Anfang gestellt sind, während das so an das Ende gerathene Stück P und Vat 16 (= XVIII meiner Ausgabe, s. oben) mitten im Satze abbricht. Ob etwa ein ganzes Blatt nach Bl. 62 der Handschrift verloren gegangen ist, welches den Schluss von P und Vat 16

sowie P und Vat 17 ganz enthalten haben könnte, lasse ich dahingestellt. —

Die Rubriken fehlen in M wie bei Vat, im Gegensatze zu P; bezüglich der Siglen ist der Anschluss an Vat gleichfalls enger, als an P, da M zu P und Vat 11, 12, 7, 4, 6 (= Ordnungsnummer 11, 12, 15, 20, 22) wie diese beiden die Bezeichnung Azo trägt, dagegen zu P und Vat 18 (= Ordnungsnummer 19) die in P enthaltene, in Vat mangelnde Sigle nicht hat. Auch stimmt der Anfang Incipiunt etc. von M mit Vat überein, während P dergleichen nicht bietet; innerhalb der Familie scheinen also M und Vat näher untereinander als mit P verwandt zu sein, welches jedoch an Alter von keinem von beiden erreicht wird.

Uebrigens besitzt M an einer Stelle, zu Quaestio VIII meiner Ausgabe (= Ordnungsnummer 9, = P und Vat 2 = M 7) die Schluss-Sigle Azo, wo sich dieselbe weder in P noch in Vat findet. Da aber hier B mit der Sigle versehen ist, so bietet dieser einzige Ueberschuss von M über P und Vat Neues schliesslich doch nicht.

Aus dem hiermit Festgestellten folgt, dass für meine Textausgabe der Quaestiones Azonis die Nichtbenutzung von M keine Schädigung zur Folge gehabt hat, weder bezüglich der Gesamtanordnung noch der einzelnen Lesarten. Diese Ausgabe wird also, sofern sich nicht irgendwo noch unbekannte Handschriften finden sollten, als endgültig gesichert betrachtet werden dürfen. Die in dem Vorwort gegebenen handschriftlichen Ausführungen wären dagegen hiernach zu ergänzen; wer dies an Ort und Stelle thun will, würde es wohl am einfachsten dadurch erreichen, dass er sich zu der S. 14, 15 gegebenen Tabelle noch folgende Zahlen und Striche, Zeile für Zeile in einer Colonne unter dem Zeichen M, zuschriebe: 3. 2. 5. —. 1. —. —. —. 7. 15. 16. 17. —. 20. 12. —. —. 6. 8. 9. 10. 11. 13. 14. 18. 19. 21. —. 4. —. —. —. Ausserdem wäre der Buchstabe M in der Tabelle S. 17 zu setzen hinter 9, 11, 12, 15, 20 und 22.

Bonn, im Juni 1889.

Ernst Landsberg.

Litteratur.

Georg Kaufmann, Die Geschichte der deutschen Universitäten. Erster Band, Vorgeschichte. Stuttgart, Verlag der J. G. Cotta'schen Buchhandlung, 1888, XIV und 442 S., 8°.

„Erster Band, Vorgeschichte“: mit diesem Titel ist die Charakteristik des vorliegenden Buches gegeben; von diesem Gesichtspunkte aus ist es zu betrachten; diesem Gesichtspunkte thut es ein volles Genüge. „Vorgeschichte“, d. h. nicht die eigentliche historische Untersuchung, sondern nur die Vorarbeit zu derselben, gewissermassen Einführung; wohl wesentlich dem so gesetzten Ziele übersichtlicher Zusammenstellung und der so gegebenen Mahnung, sich nicht in das wissenschaftliche Detail zu verlieren, verdanken wir es, wenn einmal ein deutscher Gelehrter sich entschlossen hat, auch ausserhalb des Gebietes der reinen politischen, Kunst- oder Litteraturgeschichte eine Auseinandersetzung über geistige Vorgänge des Mittelalters zu liefern, welche, für jeden Fachmann bedeutsam, doch für jeden geschichtlich Gebildeten lesbar und anziehend ist. — Und weiter: „Erster Band“: ein ganzer Band ist dieser Darstellung gewidmet. Ehe er an seinen Gegenstand, die Geschichte der deutschen Universitäten, herantrat, hat eben Kaufmann die Nothwendigkeit erkannt, sich gründlich mit der Geschichte derjenigen Anstalten auseinanderzusetzen, welche uns als Muster gedient haben; und da wir auf dem Gebiete des Universitätswesens zeitlich nun einmal zu den letzten gehören — last not least dürfen wir wohl selbst sagen —, so handelt es sich da um die Geschichte so ziemlich sämmtlicher alten Universitäten in Italien, Frankreich, England und Spanien. Vielleicht hätte derjenige, welcher sich vor etwa einem Jahrzehnt dieselbe Hauptaufgabe wie Kaufmann gestellt hätte, das Bedürfniss einer so umfassenden Vorstudie weniger empfunden und es bei ruhiger Anlehnung an v. Savigny bewenden lassen zu können geglaubt; seitdem sind aber die Ergebnisse jüngster universitätsgeschichtlicher Forschungen hinzugekommen; und seitdem gar der schwere Band Denifle mit seinen schweren Angriffen gegen Savigny erschienen ist, sind die Gegensätze so schroff geworden, dass, um weiter zu bauen, Kaufmann geradezu gezwungen war, sich sein eigenes Fundament zu legen. Neues Material in beträcht-

licherer Menge in dasselbe zu verbauen, ist er im Gegensatze zu dem Reichthum päpstlicher Archivalien, in welchem Denifle sich bewegt, nicht in der Lage gewesen; auch dürfte er solches beizubringen kaum als seine Aufgabe betrachtet haben; vielmehr findet er dieselbe in einer gründlichen Zusammenstellung, Durcharbeitung und kritischen Würdigung aller bisher das weite von ihm durchlaufene Gebiet behandelnden modernen Arbeiten, unter Zugrundelegung umfassender Lektüre aller möglichen mittelalterlichen Schriften. Darin, dass er den Rahmen des Gemäldes möglichst weit gezogen, nicht bloss eine äussere Universitätsgeschichte, sondern eine Geschichte der inneren, allgemeinen wissenschaftlichen Bewegung zu geben sich entschlossen und diesen Entschluss mit Geschick und Umsicht, in bewegter und anregender Darstellung durchgeführt hat, liegt das allgemeine Verdienst seines Werkes, welches durch die stete Berücksichtigung der rechtswissenschaftlichen Entwicklung uns Juristen besonders angeht. Die Aufgabe desjenigen, welcher es in einem rechtswissenschaftlichen Fachblatte bespricht, scheint mir daher zu sein, zunächst den Gesamttinhalt in seinen Grundzügen vorzuführen, um sodann auf die für den Leserkreis dieser Anzeige namentlich wichtigen Punkte zurückzukommen.

Das erste Capitel Kaufmanns giebt eine Charakteristik der Mutter der Universitäten, der Scholastik, und die Skizze ihrer Geschichte. Der Betrieb der Scholastik war keineswegs, wie man noch heute vielfach annimmt, stets ein so todter, wie er den Humanisten erschien, sondern eine Zeit lang voll reichen Lebens; sie selbst auch keineswegs bloss eine durch Theologie gebundene Philosophie, überhaupt nicht bloss Theologie und Philosophie, sondern eine wissenschaftliche Richtung, welche das geistige Leben von 1050—1500 beherrscht hat. Ihr Streben, den Glauben zum Wissen durchzubilden, ihre Ueberzeugung, dass dies auf Grund des Aristotelismus möglich sei, zeichnen sie aus; gelang ihr solche Uebereinstimmung zwischen Glauben und Wissen herzustellen dennoch nicht, so flüchtete sie, lieber als die Erkenntniss des Wahren preiszugeben, zu dem Satze, „dass etwas nach der Philosophie wahr sein könne, was nach der ebenfalls als Wahrheit anzunehmenden Lehre der Kirche falsch sei, und umgekehrt“ (S. 4. 5). So liegt ihr Wesen durchaus nicht lediglich in der Abhängigkeit von der Tradition, es geht vielmehr ein rationalistischer Zug durch ihre Bemühungen, versetzt mit mystischen Elementen; auch die praktische Neigung ist daneben vorhanden, die Berechtigung der Gegenwart trotz aller Verehrung vor der Vergangenheit zu wahren. Sie hat sich als ihr eigenstes Produkt, in relativer Selbstständigkeit zwischen mittelalterlichen Staat und Kirche mitten hinein, als Heimstätte ihrer kühnsten Strebungen nach freier Forschung und als Centrum ihrer Thätigkeit die Universitäten geschaffen. Bezeichnend ist demgemäss für sie, dass die wissenschaftliche Bewegung in ganz anderem Grade als heute von der Schule getragen wurde, die Scholastik lebte von, in und wohl auch vielfach bloss gemäss der Schule; daher rührt die Form der Bücher, der Disputationen u. s. f., daher auch die spätere Entartung, welcher über

der Betrachtung der den Gegenstand behandelnden Vorgänger der Gegenstand selbst verloren geht; wie denn stets vorhanden ist die von der antiken Philosophie überkommene Neigung, die Bedeutung des Operirens an und mit Begriffen zu überschätzen. Ein weites Gebiet der Bethätigung fand sie zunächst bei grammatikalischen und ähnlichen Aufgaben, bei welchen sie in ihrer formalistischen Weise namentlich zur Ausbildung der Syntax hervorragend beigetragen hat. Hauptsächlich freilich waren ihrer Dialektik die Philosophie und Theologie verfallen, Studien, welche immer mehr die Richtung auf öde Schulzänkereien mit einem gelegentlichen Stich in verwegenste Rabulistik hinein nahmen; die Hohlheit solchen Treibens sah mancher ein, welcher es selbst zeitweilig mitgemacht hatte, wie jener Dozent, welcher vom Katheder zu dem beschaulichen Leben sich wendend schloss mit den Worten: *Lingo coax ranis, cra corvis vanaque vanis*. Je weiter wir in der späteren Geschichte der Scholastik schreiten, desto häufiger treffen wir auf solche Excesse und ihre Rückschläge; den Wendepunkt zu ihnen verlegt die herrschende Eintheilungslehre mit Recht in die Zeiten des Roger Baco und Duns Scotus, mit welchen die Periode des Verfalles oder der Zersetzung beginnt; während in der Zeit vor ihnen von Anselm (v. Canterbury) und Abälard bis zu Albertus Magnus und Thomas Aquinas die Linie stetig aufsteigt; die von Erdmann herrührende Annahme einer vorübergehenden Depression zwischen Abälard und Albertus wird mit dem Hinweise auf die *Sententiae* des Lombarden widerlegt (S. 38). Voran geht der Herrschaft der reinen Scholastik und ihrer Logik eine Epoche mehr grammatikalischer Beschäftigung mit dem Alterthum, voll eines wahrhaft innerlichen Dranges nach dessen Erfassung und nach Anlehnung an klassische Vorbilder, welcher in seiner naiven Mischung der Antike und des Christenthums bisweilen an die besten Zeiten der Renaissance erinnert, ja eigentlich schon eine erste Renaissance bedeutet. Der Sieg der Dialektik über diese mehr humanistisch-litterarische Strömung bezeichnet aber nicht etwa eine Erschlaffung, sondern eine gesteigerte Leistungsfähigkeit des wissenschaftlichen Sinnes; herbeigeführt haben diesen Sieg Anselm und Abälard, nicht ohne heftigen Widerstand zu finden und laute Klagerufe zu veranlassen. Nach ihnen erhielt die Entwicklung einen zweiten gewaltigen Anstoss, als um die Mitte des 12. Jahrhunderts dem Abendlande die ihm bisher unbekannten Schriften des Aristoteles durch Vermittlung theils der Byzantiner, theils der jüdisch-arabischen Philosophie Spaniens zugeführt wurden. Unter dem Einfluss dieses Anstosses ist der mit den Namen eines Albertus und Thomas schon bezeichnete Höhepunkt erreicht worden; sachlich liegt er in der Durcharbeitung des neuen Stoffes, der Durchbildung der grossen Probleme des Realismus und Nominalismus, der bleibenden Anregung der ewigen Zweifelfrage über das Verhältniss zwischen Glaube und Wissen. Seitdem sind in der Schule andere Fragen nicht mehr aufgeworfen, andere Materialien zur Beantwortung der alten Fragen nicht mehr erbeutet worden; indem die alten Kämpfe sich immer spitzfindiger wiederholten, begann die Versumpfung, welche jedoch

keine vollständige gewesen ist; noch im 15. Jahrhundert hat die Scholastik so bedeutende, glänzende und einflussreiche Vertreter aufzuweisen wie Peter d'Ailly, Gerson und Nicolaus v. Cues, ehe ihre Weltherrschaft den Angriffen der Humanisten erlag. Reichliche Früchte hat sie allseitig während der Jahrhunderte ihres Obwaltens gezeitigt: die Liebe zu Wissenschaft und Wahrheit hatte sie gepflegt, Kenntnisse und Bildung durch Einräumung hohen Ranges und hoher Aemter geehrt, nicht bloss Kleriker, sondern auch Laien herangezogen, nicht bloss in der lateinischen, sondern auch in der Volkssprache sich bethätigt; im einzelnen verdanken wir ihr, von theologischen Dingen abgesehen, die Festlegung der formalen Logik, Förderung der mit derselben Hand in Hand gehenden Grammatik, die Ausgestaltung der Wissenschaften des römischen und des kanonischen Rechts, tüchtige Arbeiten auch auf dem Gebiete der Musik, der Politik, ja selbst vereinzelt auf dem der Medizin und der Naturwissenschaften, auf welchem sie die Astrologie, gerade im Gegensatze zu abergläubischen Tendenzen der Renaissance, ernsthaft bekämpft hat. So war alles in allem „die Scholastik nicht nur eine Wissenschaft der Schule, sondern auch die Schule des modernen Geistes“ der Wissenschaft; als sein Organ sind die Universitäten entstanden.

Im zweiten Capitel sucht Kaufmann die Entwicklung derselben aus den Schulen des 12. Jahrhunderts hervor zu schildern. Bekanntlich hat Denifle einen solchen Zusammenhang geleugnet, wie man aber wohl wird ohne weiteres annehmen dürfen, nur in Folge engster Auffassung von dem, was man unter „Hervorgehen“ der einen Anstalt aus der anderen hier zu verstehen hat. Die Organisation der Universitäten lehnt sich nicht an diejenige der älteren Schulen an, sondern ist von originärer Bildung, das hat Denifle, häufig schlagend, dargethan; aber dass ein gemeinsamer Geist von den alten Schulen zu den Universitäten hinüberführt, eben jener Geist, welcher sich die neue Organisation, um seinen dringenden Bedürfnissen abzuheffen, geschaffen hat, das zeigt uns Kaufmann. — Während der ersten Jahrhunderte des Mittelalters herrscht völlige Lehrfreiheit; wer irgendwo lehren wollte, bedurfte bloss der Erlaubniss des Grundherrn; allenfalls gaben Ortsgewohnheiten dem Scholasten einer Domschule oder ähnlich gestellten Pfründnern vereinzelte Privilegien; oder eine Obrigkeit nahm wohl das Recht in Anspruch, den fremden Ankömmling daraufhin zu prüfen, ob er zum Lehren idoneus sei; die Sitte verlangte dazu, dass, wer über ein Fach vortragen wollte, vorher einige Jahre hindurch bei einem anerkannten Lehrer desselben gehört habe; erfüllte er aber diese Bedingungen, so stand jedem ungehemmte Thätigkeit frei, in deren Ausübung er auf den Schutz des Papstes selbst gegen locale Uebergriffe rechnen konnte. Das überwachende Amt des Kanzlers, wie wir es später an den Universitäten treffen, ist eine Neuerung. Unter diesen Umständen ergab es sich natürlich, dass Gelehrte sich an den verschiedensten Orten, in Städten oder Klöstern niederliessen und eine Schule eröffneten, wenn ihnen gerade die Gelegenheit günstig, Lernbegierde ohne störende Concurrenz oder mit anregender Concurrenz vorhanden zu sein schien;

erfreuten sie sich eines gewissen Ruhms, so strömten die Scholaren auch von weit her hinzu und begleiteten sie, wenn sie den Sitz ihres Studiums verlegten, wie denn z. B. Abälard und Giraldus Cambrensis ein wahres Wanderleben geführt haben, welchem Kaufmann uns folgen lässt. Neben den Wanderschulen bildeten Dom- und Klosterschulen einen festen Kern; und Wanderlehrer, welche sich den Präceptoren dieser Anstalten überlegen fühlten, pflegten wohl an ihrem Sitze selbst sich niederzulassen, um von der dort herrschenden Uebung streng wissenschaftlichen Fleisses, dem gewohnheitsmässigen Zuzug der Lernbeflissenen und den bestehenden Einrichtungen für Verbleib derselben Vorthail zu ziehen. Auf derartige Weise gewannen gewisse Studienorte weitverbreiteten Ruhm und zahlreiche Schulen aller Art, welche ohne jede juristische oder organische Gemeinschaft nebeneinander bestanden; eine gewisse thatsächliche Gemeinschaft aber musste sich bilden, die Schüler trafen zusammen, lernten sich in den Kneipen kennen, besuchten sich gegenseitig in ihren Hörsälen, auch ging wohl ein Do-cent in die Vorlesung oder, häufiger, Disputation des anderen, wie denn Lehrer und Schüler keineswegs streng von einander geschieden sind, vielmehr als schweifende Jünger der Wissenschaft denselben Wechsel-fällen ausgesetzt, auch im Alter einander nahegerückt, so in einander übergehen, dass der Ausdruck scholares oft beide Kategorien umspannte; mancher, der eine Wissenschaft lehrte, studirte gleichzeitig die andere. Das Leben dieser Scholaren ist ein freies, ungebundenes; der harten Disciplin des ersten grammatikalischen Unterrichts entronnen, ergiessen sie sich über die Welt, häufig ohne genügende Subsistenzmittel und klare Ziele, aber voll jugendlichen Leichtsinns und Enthusiasmus; ihren dem heutigen Burschenleben¹⁾ noch ganz adäquaten Anschauungen entspringen die *Carmina Burana*, aus welchen Verfasser eine Anzahl besonders charakteristischer Strophen zusammenstellt, unter Beifügung frisch nachempfunder Uebersetzungen. Solche Vaganten zog es dann zumeist zu den grossen Centren, als welche vor allen übrigen zwei hervortreten: für Theologie und Philosophie Paris, für Jurisprudenz Bologna; hier, oder auch an zahlreichen Sammelpunkten zweiter Ordnung, bestanden wahre Anhäufungen von Lehrern und Schülern, ehe von einem eigentlichen studium generale an ihnen die Rede sein konnte; endlich aber musste doch dieses chaotische Treiben eine gewisse Ordnung aus sich selbst erzeugen; Corporationen zu gemeinsamem Schutz gegen Bürger und sonstige Widersacher bildeten sich im mittelalterlichen Geist freier Vereinigung, zunftmässig; es wurden allgemeine Lehrordnungen aufgerichtet oder übereinstimmende gewohnheitsmässig festgehalten; man suchte Deckung im Anschlusse an irgend welche Obrigkeit, einerlei welche; man ging, wieder echt im mittelalterlichen Sinne, darauf aus, sich durch Privilegien zu sichern; und die Universität,

¹⁾ Wie man sich wenigstens solches gerne noch vorstellt, so sehr es auch thatsächlich von den Auswüchsen eines vornehm-thuenden Geistes verdrängt wird.

die bleibend eingerichtete hohe Schule, sei es nun für einige Facultäten, sei es für eine einzelne Facultät, war begründet.

Kaufmann theilt die einzelnen Universitäten, zu welchen er sich nun wendet, nicht ein mit Denifle nach dem Mangel oder dem Urheber (Papst, Kaiser u. s. f.) des Errichtungsbriefes; noch mit Savigny in diejenigen, an welchen nach dem Muster von Paris die Lehrer und ein obrigkeitlicher Geist, und diejenigen, an welchen nach dem Muster von Bologna die Schüler und ein republicanischer Geist geherrscht haben; sondern in Stadt-, Kanzler- und Staatsuniversitäten. Setzen wir hier an Stelle des bischöflichen Kanzlers in vollkommenerer Analogie zu den beiden anderen Bezeichnungen den Charakter der von ihm vertretenen Behörde ein, so erhalten wir städtische, kirchliche und staatliche Universitäten. Dass ein derartiger Gegensatz existirt, dürfte zweifellos sein; dass die Eintheilung auf ihm besser ruht, als auf dem ganz zufälligen und regelmässig secundären Umstand des Stiftungsbriefes, dürfte erwiesen sein; dass sie durch diese Basis umfassender wird, als die Savignysche, wird sich auch nicht leugnen lassen; immerhin scheint mir letztere mehr den wahren inneren Kern des Unterschiedes zwischen Paris und Bologna zu treffen, als Kaufmann (s. auch S. 344 flg.) zugeben will. Denn darauf führen, mag man nun die Entstehung dieser Verhältnisse wie auch immer erklären — und schon Savigny wusste, dass es sich da um eigenartige historische Vorgänge, nicht um bewusst republicanische oder monarchische Constructionen handelte — selbst wieder Kaufmanns Untersuchungen: Paris war die *universitas magistrorum*, mit strenger Hierarchie und wesentlich klerikalem Charakter; Bologna die *universitas scholarium*, mit einfacheren Graduirungen und dem Vorwalten eines laienhaften Elementes. Uebrigens kommt, da Savigny Neapel als Drittes, Besonderes für sich hinstellt, seine und Verfassers Unterscheidung schliesslich, abgesehen von dem durch die verschiedene Benennung verschieden gelegten Accent, ungefähr auf dasselbe hinaus.

Mit den Stadtuniversitäten Italiens beschäftigt sich das dritte Capitel; der Löwenantheil fällt natürlich Bologna zu. Wieso es Sitz der Wissenschaft wurde, ist im Anschlusse an Fitting und mehr noch an Ficker auf ravennatisch-pavesische Einflüsse zurückgeführt; wieso dann an diesem Sitze die Universität entstand, auf das Bedürfniss der fremden Scholaren, sich zu gegenseitigem Schutze corporativ aneinanderzuschliessen, wozu das Privilegium der *Authentica Habita* die Grundlage bot. Wie nun die Interessen der Stadt an der Universität mit denjenigen der Studenten oft in Conflict gerathen, die Stadt mit der Waffe des abgenöthigten Eides, die Studentenschaft mit derjenigen der Auswanderung kämpfen, wird näher geschildert; besonders erhalten wir Einblick in die Einführung fester Besoldung, den Vortheil, welchen die Professoren aus der Concurrenz zogen; ferner in die Bemühungen, z. B. Vercellis, durch vertragsmässige Stipulationen die Scholaren zu gewinnen; und in die schliesslich regelmässig obsiegende Politik stolzer Beharrlichkeit auf Seiten Bolognas. Die dortige Organisation wird

planmässig vorgeführt, indem der Reihe nach behandelt werden die Beziehungen zwischen Schülern und Docenten, diejenigen zwischen der Stadt und den Professoren, die Nationentheilung, die Facultätentheilung, die Collegien- und Promotionsverhältnisse, die Besoldung der Professoren und deren Wirkung, die herrschende Studienordnung; namentlich findet anziehende Entwicklung das, was uns über das Gebiet der bolognesischen „Schulindustrie“ überliefert ist, wie solche von Seiten der Lehrer durch Gewährung von Vorschüssen an Studenten, vor allem aber durch Einrichtung von Pensionen mit Studirzwang, Anstellung von Unterlehrern u. s. f. betrieben wurde. — Ausser Bologna erfahren besonders Padua, Perugia und Florenz, sodann noch Arezzo, Parma und andere blosse Doctorencollegien Berücksichtigung.

Für das vierte Capitel, welches die Kanzleruniversitäten in Frankreich und England behandelt, war der Mittelpunkt Paris gegeben. Die vielfach dort vorhandenen Keime einer Universisät „fasste die Welt zusammen als scholae Parisienses“, zu welchen der laxere Sprachgebrauch auch die ausserhalb des eigentlichen Paris auf dem Gebiete des Klosters St. Genovefa gelegenen rechnete; „und man könnte sagen, der Ruhm vereinigte die in Paris und den Vorstädten vorhandenen Schulen, so verschieden sie waren, zu einem Ganzen, noch ehe sie durch gesetzliche Ordnung und Privilegien vereinigt wurden“. Raufereien mit den Bürgern, Klagen gegen die partheiischen städtischen Entscheidungen führten sodann die Magister dazu, sich im Interesse aller Scholaren zu einer Beschwerde bei dem Könige zu vereinigen; indem dieser auf die Bitten jener mit einem der Scholarenerschaft ertheilten Privileg eingriff, war die Universität entstanden unter der von vornherein ausgeprägten Stimmführerschaft der Docenten; indem das Privileg die Scholaren an den Bischof und seinen Kanzler wies, war der Charakter der Kanzleruniversität, d. h. das kirchliche Uebergewicht, entschieden. Von da ab haben die Studenten sich weniger mehr der Stadt als ihres neuen Herrn, des Kanzlers, zu erwehren. Gegen denselben sich immer selbständiger zu stellen, gelingt ihnen hauptsächlich durch das Wohlwollen des Papstthums, welches damals, wie von Denifle klärlich und treffend dargethan, der Universitätsfreiheit ausserordentlich günstig gesinnt war; namentlich Honorius III. hat zu Gunsten sowohl der bolognesischen wie der Pariser Studien fortwährend fördersamst eingegriffen und entschieden; nichts wäre verkehrter, als wollte man die grossartige Richtung der Päpste jener Zeit, welche von der freiesten Entwicklung der Wissenschaft in keinem Sinne etwas fürchteten, sondern auf dieselbe hofften und bauten, aus proleptisch-protestantischer Gesinnung verkennen: ein Punkt, welchen ich gern bei Kaufmann etwas schärfer betont gesehen hätte. Kaum hatte sich so allmählich die Verfassung von Paris befestigt, als diejenige einer Magistercorporation, mit der bekannten eigenthümlichen Stellung der Artistenfacultät, mit einem, Stellung unmittelbar unter dem Papst beanspruchenden, Rector und mit zwei Kanzlern, so entstanden neue Wirren durch das Verlangen der Bettelorden, mehrere theologische Katheder zur Verfügung zu haben. Die

Peripetien des heissen Kampfes schildert Kaufmann äusserst lebhaft, unter Berücksichtigung des kirchengeschichtlichen Moments, der durch den Introductorius in evangelium aeternum innerhalb des Franziskaner-Ordens erzeugten Bewegungen; lieber als nachzugeben gingen die Magister bis zur Auflösung der Universität; aber dieses Mal stand der Papst auf Seite der Angreifer und entschied zu ihren Gunsten. Ihr Eindringen hat der wissenschaftlichen Entwicklung des Studiums zwar keineswegs geschadet (Thomas Aquinas!), aber der Anstalt, welche die Orden, namentlich die Dominikaner, nunmehr als Spitze ihres grossartigen Schulsystems benutzen konnten, ein entschieden mönchisches Wesen von da ab aufgeprägt. Damit steht es in Zusammenhang, dass über die freie Universität von da ab emporwuchern die an ihr gestifteten geschlossenen Collegien, wie die Sorbonne, das von Navarra u. a. m.; die Verfassungen derselben werden uns zum Schlusse vorgeführt, extreme Anschauungen aber, nach welchen dieselben Sitze strengster klösterlicher Disciplin mit Geissel- und ähnlichen Strafen gewesen wären, entschieden und mit Glück zurückgewiesen. — Eine weit kürzere Darstellung der Entwicklung zu Oxford und Cambridge bildet den Schluss dieses Capitels.

Das fünfte und kürzeste behandelt die Staats- und die spanischen Universitäten. Es geht aus von eingehender Besprechung der bekannten Verhältnisse zu Neapel und wendet sich sodann zu Lerida, von welchem dargethan wird, dass es trotz seiner königlichen Gründung mehr den Charakter der Stadtuniversität an sich trägt; „die Universität erscheint als eine von dem Könige für das Land gegründete Anstalt, aber der Staat übernahm die Leitung und die Beschaffung der Geldmittel nicht in eigene Verwaltung, sondern zog die Stadt und das Bisthum heran“. Die übrigen spanischen Universitäten, als unsern Verhältnissen fernstehend, werden in einer allgemeinen Schlusserörterung zusammengefasst.

Das letzte Capitel zieht für eine Reihe von Punkten die Summe der vorhergehenden unter der Ueberschrift: „Die Gleichartigkeit in der Entwicklung der Universitäten, im besonderen die akademischen Grade und die Stiftungsbriefe“. Durch die ganze Universitätsbildung geht unverkennbar ein grosser Zug: es ist derjenige gemeinsam scholastischen Studienbetriebes mit Studienfreiheit; charakteristisch für den Geist der Sache sind die nahen kameradschaftlichen Beziehungen zwischen Lehrern und Schülern, wie sie sich selbst in Paris erhalten und gefördert werden durch die allgemeine Sitte, dass der Schüler zunächst noch als solcher behufs Erwerbes eines Titels einige Vorlesungen halten muss. Die Vorlesungen sind überall genau zerlegt in ordentliche und ausserordentliche, fest eingetheilt und scharf überwacht; sie werden auch wohl nach einem bestimmten Plan, am entschiedensten so in Oxford, umgelegt. Das Ziel der Studirenden ist überall die Erringung eines akademischen Grades, in Paris haben sich die Schwierigkeiten, zu der höchsten Staffel des Magisteriums oder Doctorats zu gelangen, allmählich so vermehrt, dass die ursprünglich bloss vorbereitenden Stufen des Baccalaureus und Licentiaten feste Würden und Titel werden, mit

welchen sich die meisten begnügen; in Bologna ist eine so scharf vorgeschriebene Reihenfolge nie ausgebildet, der Doctorgrad stets der wesentliche geblieben, wenn schon auch hier die bedeutenden Kosten oft zum Verzicht auf die Schlussform der öffentlichen Prüfung nöthigten. Die Anerkennung der von der einen Universität ertheilten akademischen Würden durch die andere Universität ist stets leicht für die unteren, schwer für die obersten Titel durchgesetzt worden, um so schwerer, je berühmter die Anstalt, welche anerkennen sollte, im Verhältniss zu der verleihenden war: Bologna und Paris haben die Ausnahmestellung, sich allen fremden Doctoren und Magistern zu verschliessen, am längsten behauptet. Dass übrigens jede Universität ohne weiteres das Promotionsrecht habe, ist lange Zeit selbstverständlich gewesen und erst vom Papst Johann XXII. geleugnet worden, aus fiscalischen Interessen, um dann für dies Recht selbständige Privilegien verkaufen zu können. Derartiger Privilegien bedurften überhaupt nicht die ältesten Universitäten, welche nicht gegründet wurden, sondern aus den Bedürfnissen und wissenschaftlichen Trieben der Zeit von selbst entstanden, höchstens unterstützt durch Schutzbriefe wie die Authentica Habita und die Befreiung studirender Kleriker von der Residenzpflicht. Als aber die Universitätserrichtungen zahlreich auf die Tagesordnung kamen, da blieb auch eine juristische Theorie für dieselben nicht aus, welche von den Postglossatoren im Anschlusse an Aeusserungen Justinians durchgebildet sich bis in die spanischen Gesetze hinüberzieht; dieselbe behauptete, zur Errichtung einer Universität, eines wahren studium generale, bedürfe es, wofern ihn nicht älteste Gewohnheit ersetze, eines Stiftungsbriefes seitens des Papstes, Kaisers oder Landesherrn. Daher rührt es, dass, „während im 13. Jahrhundert keine einzige Stadt in Italien für ihr Studium einen Stiftungsbrief erbat, es im 14. und 15. sehr viele thaten, und zwar erbaten sie dieselben theils für bereits bestehende Anstalten, theils bei der Gründung“ (S. 385). Absolute und ausschliessliche Anerkennung jedoch hat die Theorie nie gefunden; und stets muss man, wo Stiftungsbriefe vorliegen, unterscheiden, ob dieselben wirklich einer Neubildung zur Grundlage dienen sollen oder nur dem mittelalterlichen Wunsch entspringen, Privileg auf Privileg behufs Erhöhung der Sicherheit für ein bereits bestehendes Studium zu häufen; ihrer Fassung, welche durchweg im Kanzleistil der Zeit so lautet, als beginne erst jetzt, was vielleicht schon Jahrhunderte hindurch offenkundig blüht, ist in dieser Beziehung am wenigsten zu trauen.

Ein Anhang mit mehreren Beilagen ist angefügt. Auf die erste derselben, welche von den Statuten Bolognas handelt, werde ich zurückkommen; die zweite bespricht Reggio und Siena, die dritte Toulouse, Montpellier und Orléans; die übrigen Beilagen und Nachträge zu den Anmerkungen sind untergeordneter Natur und brauchen hier nicht weiter aufgezählt zu werden. Ein alphabetisches Register der citirten Werke bildet den Schluss des Bandes. —

Bereits als ich in dieser Zeitschrift eine Reihe kleinerer, deutscher und italienischer Festschriften anzeigte, welche, wie Kaufmanns Buch,

der Universität Bologna, „welche zuerst der akademischen Freiheit rechtliche Formen gab“, zum 800jährigen Jubiläum gewidmet sind, erlaubte ich mir zum Schlusse darauf hinzuweisen, um wie viel besser als an die dort vorgeführten byzantinischen Ideen Tamassias der Aufschwung der Wissenschaft des römischen Rechts zu Bologna sich an die allgemeine Entwicklungsgeschichte der Wissenschaft im Mittelalter anknüpft, wie Kaufmann letztere darstellt und diese Angliederung vornimmt. Entscheidend ist namentlich diejenige Zusammenstellung von Daten und Citaten (S. 38 flg.), durch welche die humanistisch-klassische Richtung des 11. Jahrhunderts nachgewiesen wird. „Die grösste Leistung dieser humanistischen Versenkung in das Alterthum war die Wiedererweckung der Wissenschaft des römischen Rechts. Sie vollzog sich in engster Verbindung mit den sprachlichen Studien der Zeit. Irnerius soll Lehrer der Grammatik gewesen sein. Weil die humanistische Richtung in dem Corpus iuris ein so bedeutsames Object hatte, so erhielt sie sich in der Rechtsschule noch lange Zeit, als sie in den übrigen Disciplinen bereits der Scholastik den Sieg gelassen hatte“ (S. 41). Diese Anschauung erscheint mir als eine gesunde und befriedigende, für welche vor allem auch der Umstand sprechen dürfte, dass sie sich mit sämmtlichen uns sonst bekannten Elementen der Blüthe Bolognas wohl verbindet; durch Fitting und Ficker sind uns die besonderen Quellen bolognesischer Rechtskenntniss und -Behandlung bekannt geworden; Savigny hat auf die allgemein, politisch und wirthschaftlich, günstigen localen Verhältnisse lombardischen Städtelebens aufmerksam gemacht; nehmen wir die von Kaufmann geschilderte allgemein wissenschaftliche Zeitströmung hinzu, so gewinnen wir immer allseitigere Begründung dafür, dass in Bologna nicht das alte, verglimmende Licht frühmittelalterlichen Rechtsbetriebes weiter geschwält hat, sondern eine neue Leuchte dem römischen Recht entzündet worden ist. Auf den Zusammenhang zwischen der neuen Richtung, welche die Glossatoren dem römischen Recht gaben, und den allgemeinen wissenschaftlichen Vorgängen, weist es ja auch hin, wenn dann ebenso später zwischen Rechtswissenschaft und Scholastik allgemein eine Parallelbewegung stattfindet, wie Kaufmann sie bestätigt und ich sie schon in meiner „Glosse des Accursius“ (S. 34 flg.) nachgewiesen hatte. Der von Kaufmann betonte Einschnitt in die Geschichte der Scholastik durch das Hinzukommen neuen Materials in Folge der nun bekannt werdenden Schriften des Aristoteles entspricht, wie ich gezeigt habe, genau dem Einschnitte zwischen Glossatoren und Postglossatoren; die Zurückdrängung des humanistischen Elementes und die Entscheidung zu Gunsten der dialektischen Behandlung erfolgte wie für die gesamte Wissenschaft so auch für diejenige des römischen Rechts durch das Ueberwiegen des Pariser Einflusses (S. 50), dessen Vordringen nach Bologna sich genau verfolgen lässt (vgl. ein erstes Symptom in den von mir herausgegebenen Quaestiones Azonis, Quaestio X Note α); wie dabei in der ganzen Scholastik Berücksichtigung des praktischen Lebens keineswegs ausgeschlossen war, so auch nicht in der Romanistik

(S. 77. 61); und wie schliesslich die Scholastik, Mangels frischen Materials zu steter Wiedervornahme der Meinungen aller Vorgänger genöthigt, zu Grunde gegangen ist an der Neigung zu hohlen Spitzfindigkeiten, so ist bekanntlich aus denselben Gründen (glossant glossarum glossas) zu derselben Zeit die Entartung der italienischen Jurisprudenz eingetreten (S. 77). — Auch die Entwicklung des kanonischen Rechts hat Kaufmann in den Kreis seiner Darstellung gezogen und mit Fug hier diejenige Seite betont, durch welche es als „einer der einflussreichsten Factoren in dem Getriebe der mittelalterlichen Kulturwelt“ erscheint (S. 84). „Tausende, die von dem kanonischen Recht nichts wissen wollten, denken mit Begriffen, leben in Vorstellungen über Ehe, Eigenthum, Grenze der öffentlichen Gewalt, Recht der Individualität, Handel und Verkehr u. s. w., welche unter dem massgebenden Einfluss des kanonischen Rechts und der Erörterungen der Kanonisten ausgebildet worden sind“; Gedanken, welchen ich gern beipflichte, mit ausdrücklicher Ausnahme jedoch bezüglich der Anschauungen des Handels und Verkehrs. — Des Verfassers Andeutungen über den Weg und die Wirkungen des Eindringens beider Rechte, des römischen und des kanonischen, in das ausseritalische bürgerliche Recht (S. 78 f., 85 z. E.), sind gleich geschickt geschrieben, scheinen mir auch eine durchaus gerechte Würdigung der Thatsachen zu bieten, ohne mir jedoch zur Hervorhebung weiterer Einzelheiten Veranlassung zu geben.

Entwickelt uns Kaufmann die Geschichte mittelalterlicher Rechtswissenschaft als einen Zug der Scholastik, so lag eine derartige Behandlung allerdings demjenigen besonders nahe, welcher seinerseits wieder die Geschichte der Scholastik nur zu Zwecken der Universitätsgeschichte durcharbeitet und vorträgt; gehört doch der Jurisprudenz die eine der beiden scholastischen Hauptuniversitäten an, Bologna. Kaufmann war in der Lage, uns Bolognas Verfassung zu schildern unter Benutzung nicht nur der, sachlich ja unbestreitbar verdienstlichen, neuen Beiträge in Denifles Buch über die Entstehung der Universitäten, sondern auch der inzwischen noch von Denifle entdeckten und herausgegebenen ältesten Statuten von 1317/47. Wenn nun, obschon Kaufmann von dieser seiner günstigen Situation eifrig Gebrauch gemacht hat, doch seine Ergebnisse demjenigen, welcher Savignys Werk kennt, im grossen und ganzen wenig Neues oder gar Ueberraschendes bieten, so erfährt damit Savignys Methode, welcher sich Mangels Kenntniss der ältesten Statuten auf die späteren, 1561 gedruckten von 1432 hatte beschränken und die Annahme zu Hilfe nehmen müssen, dass in letztere „wohl das Meiste und Wichtigste“ unverändert hinübergenommen sei, eine letzte und endgültige Bestätigung: Eine beziehentlich zwei Scholarenuniversitäten (der citra- und ultramontani) mit Ausschluss der Professoren und der Einheimischen; an ihrer Spitze ein Scholar als Rector, neben demselben, zur Vertretung der einzelnen Nationen, deren Consiliarien; die Berufung der Lehrer durch die Zuhörer, später mit Unterstützung seitens der Stadt durch Besoldungen; dem Scholarenverband fremd gegenüberstehend die Collegien der Doctoren, welche zusammen mit dem Kanzler

das Promotionswesen leiten; feste Studienordnung und peinliche Beaufsichtigung der Docenten (das System der puncta ist allerdings Savigny noch fremd gewesen); Kämpfe mit der Stadt, Auswanderungen, Rückkehr: alle diese Dinge sind uns altvertraut und wenn sie nun auch mit zahlreichen Modificationen in den Einzelheiten auftreten, so ist dieser zweifellose Fortschritt doch einer von denjenigen, über welchen sich der Ueberholte selbst am meisten zu freuen berufen wäre. Am erwähnenswerthesten ist vielleicht die durch Denifles Urkunden möglich gewordene genauere Datirung, namentlich der Entwicklung des Nationenwesens; während noch in den ersten Jahrzehnten des 13. Jahrhunderts die kleineren landschaftlichen Verbindungen vorwiegen, treten 1250 zum ersten Male die beiden grossen Universitäten der citra- und ultramontani auf. Indem wir nun so mit Kaufmann die Hauptresultate Savignys bezüglich der Organisation Bolognas auch für das 13. und 14. Jahrhundert beglaubigt finden, wären wir damit an den Punkt gelangt, an welchem gerade in dieser Zeitschrift es geboten wäre, ausführlicher die Vertheidigung der Savignyschen Methode wiederzugeben, welche Kaufmann gegen Denifles Angriffe hauptsächlich in seinem ersten Anhang (S. 414 flg.) mit durchschlagendem Erfolge führt, wäre dieselbe nicht durchweg nur eine kürzere Zusammenfassung desjenigen, was Kaufmann bereits hierselbst (Germ. Abth. Bd. VII S. 124 flg.) gründlich auseinandergesetzt hat¹⁾. Immerhin ist die Gelegenheit zu günstig, dem Historiker den Dank eines Juristen auszusprechen für das Verdienst, welches er sich um Savigny sowohl durch jenen Artikel wie durch Wiederaufnahme des Hauptinhalts desselben in sein Buch erworben hat, als dass ich sie unbenutzt vorübergehen lassen möchte. Denn, welcher deutsche Jurist fühlte nicht, dass Angriffe gegen die Wissenschaftlichkeit des Mannes, welchen wir als den höchsten unter uns verehren, uns Alle und den ganzen Rang unserer Wissenschaft mitbetreffen? Und die Anklage unwissenschaftlichen Verfahrens ist es zweifellos, welche Denifle (vgl. besonders S. 181 seiner Universitäts-geschichte) erhoben hat, indem er Savigny vorwirft, die Verhältnisse älterer Zeiten nach weit späteren Quellen so dargestellt zu haben, als ob sich jene aus diesen positiv ergäben. Dem Romanisten freilich mag eine solche Anklage unglaublich in sich selbst erscheinen, gerichtet gegen einen Mann, aus dessen Vorrede zum „System des heutigen römischen Rechts“ uns die meisterhafte Entwicklung der gerade entgegengesetzten Vorschriften über die Behandlung zweifelhafter Stoffe stammt, welcher schliesst mit den Worten: „Die genaue Bezeichnung, die gewissenhafte Anerkennung dieser Grade (der erreichbaren und erreichten Wahrscheinlichkeit) gehört ebensowohl zum sittlichen, als zum wissenschaftlichen Werth unserer Arbeit“ (S. XXXIV); gerichtet gegen denjenigen Mann, dessen kritisch-sorgfältige Methode wir in historischen wie dogmatischen Abhandlungen gleichmässig zu bewun-

¹⁾ Ebendort finden sich auch die genaueren Angaben über die ältere Polemik zwischen Kaufmann und Denifle.

dern Gelegenheit haben; so unglaublich mag uns diese Anklage klingen, dass wir sie vielleicht nicht einmal einer Widerlegung für würdig erachten möchten; nichts destoweniger bedurfte es, sollte kein giftiger Keim sitzen bleiben, einer solchen detailirten, sachkundigen, ein Missverständniss Denifles nach dem anderen — Kaufmann redet geradezu von Erfindungen und Verdrehungen — aufklärenden Widerlegung, wie sie Kaufmann in den Blättern dieser Zeitschrift giebt. Hinzugekommen ist in dem vorliegenden Buche Kaufmanns eine Abfertigung des letzten, aussichtslosen und haltlosen, Versuches, welchen Denifle inzwischen in seinem Archive (III 399 f.) zur Rettung seiner Behauptungen gemacht hat.

Indem ich hiermit die sachliche Besprechung beende, kann ich nicht umhin zum Schlusse mein Bedauern darüber auszusprechen, dass das Buch hinter dem, was es sonst hätte sein können, leider zurückbleibt durch einen gewissen Mangel der letzten glättenden Hand, welcher sich vielfach fühlbar macht. Die Menge amtlicher Geschäfte und eine Krankheit, deren das Vorwort in anderem Zusammenhange erwähnt, werden den Verfasser persönlich gewiss entschuldigen; um so offener wird man den Wunsch äussern dürfen, dass eine zweite Ausgabe hier Abhülfe schaffen möge. Da sind zunächst die überlaufenden Anmerkungen, die untergeordneten Anhänge und Nachträge, welche zu beschneiden oder einzuordnen wären, sodann in der Benutzung der Litteratur die kleinen Ausstände, wie denn z. B. Sierkes Genossenschaftsrecht (dritter Band) über die politischen, Endemanns Studien über die wirthschaftlich-kanonistischen Ideen des Mittelalters reiche Aufschlüsse gegeben haben würden; namentlich aber sprachliche Unebenheiten in grösserer Anzahl¹⁾, welche um so mehr verletzen, je günstiger der Gesamtstyl der Darstellung in seiner leichten Ungebundenheit, lebhaften Frische und aller zopfigen Systematik abholden Energie wirkt. Allen diesen Kleinigkeiten wäre gewiss leicht abgeholfen; nur klage man diese Zeilen, weil sie solcherlei berühren, nicht eben jener Zopfigkeit an, welche vermieden zu haben sie dem Verfasser nachrühmen; vielmehr geschieht dieser Dinge Erwähnung lediglich aus der Ueberzeugung hervor, dass schliesslich wesentlich von ihnen die Verbreitung eines Buches in weiteste Kreise und seine Dauer abhängen, beides Vorthelle, welche man gerade diesem Bande angelegentlich gesichert sehen möchte. Dagegen würde ich wirklich fürchten, der philisterhaften Kritelei geziehen zu werden, wenn ich ernsthaft hervorheben wollte, was sich alles gleich gegen den ersten Beginn des Buches ein-

¹⁾ Ich habe mir notirt: S. 5: Mittel? der Wissenschaft; S. 9: „dass es nicht gehe“; S. 16: „In der Theologie konnte keine Veränderung kommen“; S. 17: „weniger die Thatsachen“; S. 26: „das epitome rei militaris“; S. 43: „um . . um“; S. 66: „der Heisshunger, der unverdaut liess“; S. 74: „seine Schriften . . zusammen mit seinen Fortsetzern sind . . die vollendetsten Erzeugnisse“; S. 80: „Der Zustand der deutschen Lokalrechte war es nicht“ u. s. f. u. s. f. bis S. 369 Anm. 1: „die doctoratu carentes konnten nicht zu einer besoldeten Professur gewählt werden, aber ohne Beschränkung, an welchem Orte sie promovirt hätten“.

wenden liesse, da, wo Kaufmann meint, die Freiheit der Wissenschaft sei im Mittelalter eine grössere gewesen als im klassischen Alterthum, und zum Belege dafür bemerkt: „Sokrates starb im Kerker und Aristoteles und Anaxagoras mussten aus Athen fliehen“: man braucht nicht die allegirten Stellen nachzusehen, aus welchen deutlich hervorgeht, dass Sokrates, Anaxagoras und Aristoteles verfolgt wurden entweder aus ihrer Lehre ganz fremden politischen Gründen oder wegen solcher Angriffe gegen die Grundlagen der damaligen Gesellschaft, wegen deren sich im analogen Falle erst recht das Mittelalter und wohl auch unsere, schliesslich wohl eine jede, theoretisch die „freie Wissenschaft“ noch so sehr lobpreisende Zeit unduldsam erweisen würde, — man braucht diese Stellen nicht nachzuschlagen, um zu verstehen, dass Kaufmann selbst hier nur ein zur Einleitung in seine Gedankenwelt recht geeignetes geistreiches Paradox aufstellen will.

Bonn.

Ernst Landsberg.

Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik. Von Paul Jörs, Professor in Kiel (jetzt Giessen). Erster Theil: Bis auf die Catonen. Berlin 1888. Verlag von Franz Vahlen.

Der Plan des Verfassers geht dahin, eine Geschichte der römischen Rechtswissenschaft zugleich für den Juristen und den Philologen zu schreiben, wobei er im wesentlichen die Kenntniss der Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts beim Leser voraussetzt. Die Beschränkung auf die Zeit der Republik rechtfertigt sich, wie er erklärt, einmal dadurch, dass in dieser Zeit sowohl der Rechtsstoff in der Hauptsache zusammengetragen, als auch die wissenschaftliche Methode der Bearbeitung desselben in ihren Grundzügen festgelegt wurde; ferner dadurch, dass die republicanische Jurisprudenz in nachweisbarem engem Zusammenhang mit dem gesammten geistigen Leben ihrer Zeit steht, während in der Kaiserzeit die Rechtskunde schon viel zu sehr Fachwissenschaft geworden war, als dass eine Litteraturgeschichte etwas wesentlich anderes sein könnte, denn eine Geschichte der Entwicklung des materiellen Rechts unter Beifügung biographischer Notizen. — Auch innerhalb der republicanischen Zeit soll nur die eigentlich wissenschaftliche Jurisprudenz eine erschöpfende Darstellung finden, die vorausgegangene empirische Rechtskunde lediglich einleitungsweise behandelt werden. Die eigentliche Darstellung soll daher beginnen mit der Zeit der grachischen Revolution und fortgeführt werden bis auf Servius Sulpicius Rufus.

Der bis jetzt vorliegende erste Theil gehört nach dem soeben Ausgeführten der einleitenden Darstellung an. — Nach einer Einleitung i. e. S., enthaltend eine Vergleichung von Recht und Rechtswissenschaft

in der republicanischen und Kaiser-Zeit, sowie einer kritischen Beleuchtung der juristischen Litteraturgeschichte des Pomponius, folgt zunächst in einem ersten Capitel eine Schilderung der pontificalen Jurisprudenz. Dem Pontificalcollegium wird ebenso wie den einzelnen pontifices seit ältester Zeit eine wesentlich berathende Stellung in sacralrechtlichen und privatrechtlichen Dingen zugewiesen. Sie ertheilen Rath über die Abfassung von Rechtsgeschäften (*cavere*), über die Anstellung von Klagen (*agere*) und geben Gutachten über vorgelegte Rechtsfragen (*respondere i. e. S.*). Sie stützen sich dabei auf eine besondere Rechtskenntniss in Folge der Thatsache, dass in einem ihnen allein zugänglichen pontificalen Archiv die Formulare für Rechtsgeschäfte und Klagen, sowie die Präcedenzfälle für Rechtsgutachten aufbewahrt wurden. Die Thätigkeit blieb zunächst dieselbe auch nach der Zwölftafelgesetzgebung. Vermittelst des *Cavirens*, *Agirens* und *Respondirens* wurde das Gesetz interpretirt; insbesondere nahmen die pontifices die officiële Redaction der *legis actiones* ausschliesslich für sich in Anspruch. Auch nachdem durch die Veröffentlichung der Actionsformulare im *ius Flavianum* und *Aelianum*, die Publication des Kalenders und das *publice respondere* des Oberpontifex Tiberius Coruncanius die Jurisprudenz in weitere Kreise gedrungen war und sich in Folge davon ein besonderer Juristenstand gebildet hatte, bewegte sich die wissenschaftliche Thätigkeit in den von den pontifices eingeschlagenen Bahnen weiter. Den litterarischen Abschluss dieser pontificalen Periode bilden die *Tripertita* des Sextus Aelius, in welchen das gesammte damalige Privatrecht, das Gesetzesrecht, das im Anschluss daran durch *interpretatio* entwickelte Recht, sowie das Actionenrecht enthalten war.

Im zweiten Capitel mit der Ueberschrift „Recht und Juristen seit den punischen Kriegen“ bespricht der Verfasser zuerst die Entwicklung des von ihm so genannten Weltrechts (*ius gentium*), dessen Eindringen ins Landrecht, sein Verhältniss zu dem alten *ius civile* und zu dem auf Grund des Formularprocesses gleichzeitig neu entstehenden *ius honorarium*, um hierauf die Wissenschaftsgeschichte bis zu den ersten Anfängen einer dogmatischen Jurisprudenz weiter zu verfolgen. Während die Cautelarjurisprudenz auf dem Gebiete des Weltrechts mehr und mehr gegenüber dem Respondiren im engeren Sinn zurücktritt, gewinnt das Agiren, d. h. die Berathung beim Postuliren der Formel, jetzt im Formularprocess erhöhte Bedeutung. — An das Respondiren i. e. S. knüpft sowohl die älteste wissenschaftliche Litteratur, die Responsensammlungen und Commentare, als der älteste Rechtsunterricht an. Daneben entstand jedoch schon zu dieser Zeit ein propädeutisch-isagogischer Unterricht und eine damit zusammenhängende Litteratur. Zu der letzteren gehört der juristische Theil der *praecepta ad Marcum filium* des alten Cato, der am Ende dieser rein empiristischen Jurisprudenz steht, obwohl er nicht ausschliesslich und nicht in erster Linie Jurist war.

Die ersten Anfänge einer eigentlichen Rechtswissenschaft sind zu erblicken in der vom Verfasser sog. Regularjurisprudenz, deren

Wesen und Bedeutung in einem dritten Capitel geschildert wird. In der Ausbildung der grossen Zahl von Rechtsregeln, die zum überwiegenden Theil noch im späteren Recht eine bedeutende Rolle spielten, zeigt sich zum ersten Mal das Bestreben, die den einzelnen Gesetzen und der Uebung zu Grunde liegenden allgemeinen Gedanken zu entwickeln und zur Entscheidung weiterer Fälle zu verwerthen. Die Kunst, diese Principien herauszuschälen, entwickelt sich nur ganz allmählich, die ersten Versuche sind vielfach unbehülflich, bald wird die Regel zu weit, bald zu eng gefasst. Ein bedeutsamer Fortschritt in der Entwicklung scheint gemacht worden zu sein durch das noch in den Digesten citirte Werk unbekannten Titels des Sohnes Cato. Hier tritt uns nach Ansicht des Verfassers die Regularjurisprudenz zum ersten Mal zur wissenschaftlichen Methode ausgebildet entgegen.

Bei Beurtheilung des vorliegenden Werkes ist in erster Linie die Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit der ganzen Arbeit hervorzuheben. Mit Energie und Erfolg war der Verfasser bemüht, möglichst das gesammte sowohl juristische als nichtjuristische Quellenmaterial zu sammeln und zu verwerthen.

In dem Aufbau selbst, der auf dieser Quellengrundlage errichtet wird, zeigt sich im grossen und ganzen eine wohlthuende Objectivität, die um so mehr anzuerkennen ist, als die Gefahr, sich gerade bei Schilderung der ersten Anfänge von Recht und Rechtswissenschaft in Hypothesen zu verlieren, eine sehr grosse ist.

Wenn der Verfasser hin und wieder von der exacten Methode abweicht und über das streng Beweisbare oder wenigstens zu voller Wahrscheinlichkeit zu Erbringende hinausgeht, wie z. B. bei der Schilderung der Bedeutung des Coruncanus oder des Sohnes Cato für die Entwicklung der Rechtswissenschaft, so wollen wir ihm daraus keinen Vorwurf machen. Will man, wie es sich der Verfasser vorgenommen hat, möglichst anschauliche und lebendige Bilder entwerfen, so muss, und zwar hauptsächlich bei der Charakteristik und Beurtheilung von Persönlichkeiten, zur Ausfüllung gewisser Lücken, die Phantasie mit-helfen. Erklärlich und verzeihlich ist es, dass dabei auch manchmal zu etwas gewagteren Hypothesen gegriffen wird, wie z. B. bei Aufstellung der Behauptung, dass bei Errichtung des Pontificalcollegiums der Zweck zu Grunde gelegen habe, dem König einen sachverständigen Rath in sacralen und privatrechtlichen Dingen an die Seite zu stellen. — Volle Anerkennung verdient ferner das Bestreben des Verfassers, überall die Zusammenhänge zwischen der Entwicklung der Rechtswissenschaft und der Gestaltung der allgemeinen politischen und Culturverhältnisse aufzuweisen.

Für den besten Theil des Buches möchten wir die Abschnitte halten, in welchen die Wirksamkeit der Cautelarjurisprudenz nach der Zwölftafelgesetzgebung und während des Eindringens des Weltrechts behandelt (Z. XVIII) und die Entwicklung und Bedeutung der Regularjurisprudenz geschildert wird (Z. XXVI—XXX). Diese Ausführungen

sind neu und von erheblichem historischen und methodologischen Interesse. Die ganze hier vom Verfasser in Anwendung gebrachte Behandlungsweise lässt von der in Aussicht gestellten Fortsetzung dieser Untersuchungen, der Darstellung der systematischen Jurisprudenz, sowie der Einflüsse der griechischen Philosophie, das Beste erwarten.

Etwas zu breit hingegen erscheint uns der Abschnitt über die pontificale Jurisprudenz. Denn hier werden — abgesehen von einigen us. Es. zu sehr ins Detail vordringenden Hypothesen — im wesentlichen nur bekannte Dinge vorgetragen. Für einen entschiedenen Mangel des Buches möchten wir ferner die Darstellung der nicht zur Wissenschaftsgeschichte gehörigen, also vom Verfasser nicht ex professo zu handelnden Materien, die Schilderung der Entwicklung des Weltrechts und was damit zusammenhängt (Z. XII—XVII) erklären. Der Verfasser will zwar, wie er ausdrücklich hervorhebt (S. 114), in diesen Ausführungen keine „erschöpfende Erörterung geben“, aber offenbar sollen doch den „unsicheren Resultaten“ der bisherigen Forschung in den wesentlichen Punkten durch die eigenen Ausführungen selbstständig begründete Ergebnisse gegenübergestellt werden. Anders liesse sich die Ausführlichkeit der Darstellung — dieselbe nimmt beinahe ein Drittel des ganzen Buches in Anspruch — gar nicht erklären. Wird nun dieser Massstab angelegt, so scheint dem Ref. vor allem die bez. des Hauptpunktes, des Ursprungs des *ius gentium*, gegebene Begründung keineswegs zu genügen. Der Verfasser vertritt die Anschauung, dass das *ius gentium* ein ursprünglich lediglich für den Fremdenverkehr eingeführtes Recht sei, welches sich grösstentheils zusammensetze aus ausländischem, vor allem hellenischem Rechtsstoff, der jedoch durch den römischen Geist eine eigenthümliche Ausprägung erfahren habe; erst allmählich und zwar Stück für Stück seien die Institute des *ius gentium* in das *ius civile* übernommen worden. Die Begründung dieser letzteren Aufstellung besteht, so viel wir sehen können, nur in Ausführungen darüber, dass im allgemeinen ein Zustand wohl denkbar sei, bei dem den Parteien nur gewisse solenne Rechtsgeschäftsformen zur Verfügung gestellt sind, durch deren Beobachtung sie sich Rechtsschutz verschaffen, während, wenn sie von diesen Formen absehen wollen, die Wirksamkeit des Geschäfts vollkommen der Gewissenhaftigkeit des Gegners überlassen bleiben muss. Gewiss ist ein solcher Zustand an sich denkbar. Aber damit sind doch die Behauptungen des Verfassers nicht bewiesen, zu erklären wäre mindestens gewesen, wie ein Volk längere Zeit hindurch gewissen formlosen Geschäften Rechtswirkung zuerkennen konnte, wenn dieselben mit Fremden oder unter Fremden vorgenommen sind, während es bei den Bürgern den Rechtsschutz an eine bestimmte Form band. Was speciell die Eigenthumsübertragung betrifft, so taucht hier die weitere vom Verfasser nicht gewürdigte Schwierigkeit auf, dass für die Veräusserung von *res nec mancipi* im älteren Recht nach seiner Ansicht nur die überaus lästige Form der *in iure cessio* übrig bliebe. Denn von der Möglichkeit, dass die im übrigen wirkungslose Tradition dem Empfänger die *actio furti* gegen den sich unter Berufung auf sein

quiritisches Eigenthumsrecht wieder in Besitz setzenden Tradenten verschafft habe, möchten wir doch so lange, bis der von Jörs (S. 151, Note 1) versprochene Nachweis erbracht ist, absehen.

Nach dieser letztgenannten Stelle hat es den Anschein, als ob bei Besprechung des philosophischen Weltrechtbegriffes der späteren Zeit noch weitere Ausführungen über den Ursprung des *ius gentium* folgen sollten. Vielleicht werden durch dieselben die vorliegenden Erörterungen ergänzt. In diesem Falle würde nur ein Fehler in der Darstellung vorliegen, allerdings ein sehr erheblicher, sofern mit dem bisher Vorgebrachten vorläufig nichts anzufangen ist.

Ebenfalls für ungenügend begründet möchten wir die Ausführungen halten, nach welchen auch im Bürgerprocess schon vor dem *äbutischen* Gesetz der Prätor die Macht gehabt haben soll, den *iudex* an einen bestimmten *Condemnationsbefehl* zu binden, so dass die *lex Aebutia* selbst nur die an das fehlerhafte *lege agere* geknüpfte Gefahr des Processverlustes für die Mehrzahl der Fälle beseitigt und dadurch factisch das zur überflüssigen Form herabgesunkene Institut der *l. a.* verdrängt haben könnte. Insbesondere erscheint dem Referenten nicht gelungen die Polemik gegen die von Bekker und Sohm aufgestellte und auch von Wlassak adoptirte Hypothese, dass vor der *Aebutia* eine nur zur Reproduction der Processhandlungen dienende Schriftformel neben der solennen *litis contestatio* herging, bis jenes Gesetz erlaubte, von der letzteren ganz Abstand zu nehmen. Wenn der Verfasser wiederholt behauptet, der Prätor habe die betreffende Befehlsgewalt ohne weiteres kraft seines *imperium* gehabt, so dass sie ihm nicht erst durch die *lex Aebutia* habe verliehen werden können, so liegt hier eine Verkennung des Gegensatzes zwischen formeller Unbeschränktheit (bezw. blosser Beschränktheit durch *par* oder *maior potestas*) und materieller Gebundenheit an die Gesetze, wie wir ihn im römischen *imperium* finden, zu Grunde. Solange der Prätor nicht die Befugniss durch Gesetz überkommen hatte, durch derartige *Condemnationsbefehle* in den Gang der Rechtspflege einzugreifen, dürfte er bei einem solchen Vorgehen auch schwerlich die öffentliche Meinung, auf die Verfasser (S. 173) abstellt, für sich gehabt haben. Wie der Verfasser dazu kommt, für seine Ansicht eine Stelle aus Ciceros 2. verrinischer Rede anzuführen, während er doch die herrschende Annahme, dass die *lex Aebutia* vorciceronianisch sei, nicht bestreitet, ist mir nicht verständlich (S. 168, N. 2).

Ganz ohne Begründung wird endlich noch die unseres Wissens vollständig neue Behauptung aufgestellt, dass das *ius praetorium* oder *honorarium* der Römer ausschliesslich das von den Magistraten auf dem Gebiet des Landrechts ausgebildete neue Recht bezeichne, so dass auf dem Gebiet des Weltrechts der Gegensatz von *ius civile* und *honorarium* überhaupt nicht zur Sprache gekommen wäre.

Man hat bei den sämtlichen hier beanstandeten Ausführungen den Eindruck, dass der Verfasser, der wegen des möglichen Zusammenhangs mit seinem eigentlichen Thema die betreffenden Materien einer Prüfung unterziehen musste, bei dieser Gelegenheit zu gewissen eigenen

Anschauungen gelangt ist, ohne dass er jedoch die Zeit gehabt hätte, diese Anschauungen vollständig auszubauen und wissenschaftlich zu begründen. Nach Auffassung des Recensenten ist mit der Veröffentlichung solcher Anschauungen, besonders wenn sie so allgemeine und viel behandelte Materien betreffen, der Wissenschaft sehr wenig gedient. Es wird nur die grosse Zahl der schon vorhandenen Ansichten um eine neue vermehrt, ohne dass sich weitere Resultate darauf gründen oder auch nur neue Forschungen daran anknüpfen liessen.

Was die formelle Darstellung betrifft, so ist dieselbe als eine sehr gelungene zu bezeichnen. Der wissenschaftliche Apparat ist in der Hauptsache in ein Notensystem zusammengefasst, so dass der Text eine angenehme und anregende Lectüre bildet.

M. Rümelin.

Ludwig Mai, Der Gegensatz und die Controversen der Sabinianer und Proculianer im Anschluss an die Berichte der gaianischen und justinianischen Institutionen. Freiburger Inaugural-Dissertation (Heidelberg 1887).

Die Schrift ist entstanden aus einer von der Heidelberger Juristenfacultät gekrönten Preisarbeit: „Zusammenstellung aller durch Gaius und durch die justinianischen Institutionen uns bekannten Controversen der Sabinianer und Proculianer“. Indessen auch der jetzige erweiterte Titel will dahin verstanden sein, dass „diese Specialabhandlung . . . nur die Nachrichten in den gaianischen und justinianischen Institutionen umfassen soll“ (S. 6), eine Grenze, die der Verfasser im allgemeinen, von wenigen Ausnahmen abgesehen, auch innehält. Aber mit diesem Material allein lässt sich eben nur eine (unvollständige) Zusammenstellung der einzelnen Controversen, nicht ein Urtheil über den Schulengegensatz im ganzen gewinnen.

Der Verfasser schliesst sich der Ansicht an, dass zwischen den Schulen ein „einheitlicher, principieller Gegensatz“ bestand (S. 16), und findet ihn darin, dass die Proculianer dem Princip der Zweckmässigkeit huldigen, was zugleich ein Eingehen auf die ratio eines jeden Rechtsinstituts bedinge, und woraus sich auch „die Aufrechterhaltung des wahren Willens resp. der Verfügungen der an einem Rechtsverhältniss Beteiligten, wenn eine solche ohne Verstoss gegen ein im Wege stehendes Gesetz möglich ist“, ergebe, dass dagegen die Sabinianer sich an die Regel des Gesetzes oder der Praxis anschliessen und in Ermangelung einer solchen Bestimmung zur Analogie (aber nach welchem Princip des Analogisirens?) ihre Zuflucht nehmen (S. 16 f.). Dies alles ist weder ein einheitlicher, noch sind es klare Gegensätze, und nicht klarer werden sie dadurch, dass es auch Fälle giebt, in denen eine von beiden „Secten“ „zu keiner specifischen Schulenansicht gelangte, son-

dern sich der allgemeinen und geltenden Entscheidung anschloss“ (S. 7). Das klingt doch sehr nach der schon von Puchta (Institutionen I, § 98 h.) mit Recht zurückgewiesenen Auffassung, als hätten beide Schulen, jede für sich, der „orthodoxen Jurisprudenz“ gegenüber gestanden. Im ganzen ist es der Gegensatz zwischen dem Conservativen und dem Fortschrittlichen, welchen der Verfasser im Auge zu haben scheint, nur sind es einmal wieder die Proculianer, welchen die letztere Richtung zugeschrieben wird, während die Sabinianer die „methodische Tendenz“ haben, „starr an den Regeln des altrömischen Rechts festzuhalten“ (S. 15).

An den einzelnen Streitfragen sucht der Verfasser in der Reihenfolge des Gaius diesen Gegensatz der Schulen zu rechtfertigen. Die Berichte über den Sach- und Streitstand sind nicht immer genau und vollständig. In der Pubertätsfrage fehlt (S. 19) die Ansicht der Sabinianer über die *spadones* (G. I, 196). Die proculianische Ansicht war nicht, dass Zug- und Lastthiere nur dann *res mancipii* seien, wenn sie „für das Hauswesen und für den Ackerbau verwendbar sind, was aber nur beim zahmen Zustande eintritt“ (S. 22); denn sie hielten die dressurunfähigen für *res mancipii* von dem Alter an, in welchem Thiere ihrer Art dressirt zu werden pflegten (Gai. II, 15). In der Entscheidung Justinians über die Specification durfte der Fall der Verwendung eigenen und fremden Stoffes (§ 25 I. 2, 1) nicht mit Stillschweigen übergangen werden (S. 28). Bei dem Streit über den rechtlichen Zustand der *per vindicationem* unbedingt vermachten Sache vor der Annahmeerklärung (Gai. II, 195) ist der sehr wichtige Nachtrag (Gai. II, 200), dass die Proculianer die Sache interim für *res nullius* erklärten, ebenso wie das Zeugniß des Gaius über die den Proculianern folgende Praxis seiner Zeit und das Rescript des Pius, auf welches sie sich gründet, ignorirt (S. 30). Den Streit über die Gültigkeit oder Ungültigkeit letztwilliger Verfügungen unter unmöglichen Bedingungen behandelt der Verfasser, anscheinend, ohne auch nur zu wissen, dass das Gegentheil gelehrt wird, so, als beziehe er sich nur auf den Fall, da der Testator die Unmöglichkeit kennt; denn er meint, eigentlich erlaube sich ja der Testator mit solchen Verfügungen nur einen Scherz, wesshalb die Proculianer sie mit Recht für nichtig erklärten (S. 37 f.).

In den Ausführungen über die Gründe der einzelnen Controversen ernten die Proculianer beständig das Lob der Zweckmässigkeit ihrer Entscheidungen, z. B. ebensowohl dafür, dass sie das Testament durch den Wegfall des übergangenen *suus convallesciren* lassen (S. 29), wie dafür, dass sie auch das bedingte Vermächtniss an den Gewaltunterworfenen des Erben schlechtweg verwerfen, also auch nicht *convallesciren* lassen, wenn das Gewaltverhältniss bei Erfüllung der Bedingung nicht mehr besteht (S. 35). Die Sabinianer dagegen „verkennen“ das Wesen der Stipulation (S. 39), lassen sich durch schwache Gründe „bestechen“ (S. 33) und bekommen auch sonst meistens Unrecht.

In der berühmten Frage von der Wirkung der Befriedigung des Klägers nach der *Litiscontestatio* sind „die tieferen Entscheidungs-

gründe der Schulen“ auf Seiten der Sabinianer „Analogie“ von den unbestritten absolutistischen iudicia auf die actiones stricti iuris, auf Seiten der Proculianer „Rücksicht auf die Zweckmässigkeit, auf die Opportunität. Sie statuirten nämlich ihre Ansicht geradezu als eine Art von Abschreckungstheorie, um zu verhindern, dass die in verschiedenen Processen angedrohten Processstrafen vermieden würden“ (S. 55). In Wahrheit aber kann in diesem Falle kein ernstlicher Zweifel daran aufkommen, dass die Proculianer aus formalistischen Gründen einen Fortschritt nicht mitmachten, den die Sabinianer im wohlverstandenen Interesse der Praxis verlangten.

Ein Verdienst um die Aufklärung der behandelten Materie kann daher der Arbeit nicht zuerkannt werden. Sorgfalt lässt sie auch in Kleinigkeiten vermissen. Warum z. B. und nach welcher alten Vorlage S. 38¹ Gai. 3, 103 so abgedruckt wird, als sei die proculianische Ansicht in der Handschrift nicht zu lesen und müsse aus fr. 110 pr. de verb. obl. 45, 1 ergänzt werden, ist ebensowenig zu begreifen, wie, warum der Verfasser sich selbst durchweg mit falschen Seitenzahlen, anscheinend denen seines Manuscripts, anführt.

Halle.

Th. Kipp.

August Bechmann, Studie im Gebiete der legis actio sacramenti in rem. Festschrift der Münchener Juristenfacultät für Windscheid. München, Christian Kaiser, 1889. 48 Seiten.

Unter dem obigen schlichten Titel giebt Verfasser eine gedrängte, aber vollständige, zum grössten Theil ganz neue und von der herrschenden Lehre jedenfalls durchaus abweichende Darstellung des dinglichen Legisactionsprocesses, nicht ohne gelegentlich noch mancherlei Ausblicke auf benachbarte Gebiete zu eröffnen. Auf die Beifügung eines kritischen Beiwerkes hat Verfasser, wie er im Vorwort bemerkt, absichtlich ganz verzichtet, und in der That rechtfertigt sich dieser Verzicht durch die erwähnte Eigenart seiner Abhandlung, deren wesentlichen Inhalt ich sogleich unter I folgen lasse.

I.

Verfasser entwickelt das alte Vindicationsverfahren in folgender Weise. Die legis actio sacr. in rem ist vermöge ihres dinglichen Charakters ein von Anfang an nur gegen die Sache selbst, nicht gegen einen bestimmten Processgegner gerichtetes Verfahren. Dementsprechend beginnt es nicht mit einer in ius vocatio des gegenwärtigen Besitzers oder überhaupt eines Beklagten, welcher die Pflicht gehabt hätte, die zu vindicirende Sache in das ius mitzunehmen, sondern setzt sich der

Vindicant selbst aussergerichtlich in ihren Besitz. Zu diesem Zwecke ist ihm alles erlaubt, nöthigenfalls auch Gewalt; denn in einer Zeit, welche die possessorischen Interdicte noch nicht kannte, der Besitz also schutzlos war, musste auch Gewalt gegen den Besitz statthaft sein. Unter die eigenmächtige Wegnahme fällt auch die alte Haussuchung des *per lancem liciumque furtum quaerere*, während die *condictio furtiva* in anderer Weise mit dem Vindicationsverfahren in Zusammenhang steht. Die gewaltsame Wegnahme der Sache berechtigt nun aber den Vindicanten nicht, sie zu behalten; thut er dies, so ist er ein *fur*; vielmehr muss er sie vor den Prätor bringen und hier öffentlich und jedermann gegenüber als sein Eigenthum behaupten: *hanc ego rem meam esse ex iure Quir. aio*; dadurch wird das einseitige gerichtliche Vindicationsverfahren zu einem Aufgebotsverfahren, d. h. der Vindicant wartet ab, ob ein Contravindicant auftreten wird. Meldet sich kein solcher, so bleibt das Vindicationsverfahren bis zum Schluss ein einseitiges; der Vindicant braucht nur die Mittagsstunde abzuwarten, und dann addicirt ihm der Prätor auf seinen Antrag die Sache. Will nun aber jemand contravindiciren, so nähert dieser sich der Sache mit der *festuca*, ohne sie aber jetzt schon mit ihr zu berühren; vielmehr legt jetzt erst der Vindicant die *festuca* auf die Sache und wendet sich dabei mit den Worten: *sicut dixi, ecce tibi, vindictam imposui an den Gegner*. Dieser Act ist die *vindicatio* im eigentlichen Sinne, und er dient dazu, das bisher einseitige Verfahren in das contradictorische hinüberzuleiten, und letzteres nimmt nun für den Vindicanten den Charakter des Rechtfertigungsverfahrens gegenüber seiner aussergerichtlichen eigenmächtigen Wegnahme der Sache an. Hierauf contravindicirt der Gegner, und zwar ebenfalls nur durch Vornahme des *Impositionsactes*; die besondere Rechtsbehauptung, wie sie der Vindicant zu Anfang des gerichtlichen Verfahrens ausspricht, fällt für den Contravindicanten zunächst fort, wird aber in der Antwort auf die *postulatio*, welche hierin ihre Erklärung findet, in den Worten: *ius feci* nachgeholt. Nach dem *Postulationsacte* erfolgt die beiderseitige *prov. sacr.*, d. h. zur Wette, und zwar zur Wette nur über die Rechtsbehauptung des Contravindicanten. Sonach ist die vom *iudicium* zu entscheidende Frage nur die, ob der Contravindicant *ius fecit* oder nicht, wobei eine *pronuntiatio: sacr. nullius iustum esse videtur* ganz ausgeschlossen ist, und ist auch dieser allein beweispflichtig. Wird sein *sacr.* für *iniustum* erklärt, so bleibt die Rechtsbehauptung des Vindicanten in Kraft, und dieser kann daher die prätorische *addictio* beantragen. Trägt der Contravindicant den Sieg davon, so reiht sich in Gemässheit des Zwölftafelgesetzes: *si vindiciam falsam tulit* noch ein Nachverfahren gegen den Vindicanten an, in welchem es sich neben einer *poena temere litigantium* um den Ersatz desjenigen Schadens handelt, den der Contravindicant durch die ungerechtfertigte Wegnahme der Sache seitens des Vindicanten — das ist eben das *vindiciam falsam ferre* — erlitten hat; diesen Schaden hemisst das Gesetz allgemein nach dem Betrag der Früchte seit der eigenmächtigen Besitzergreifung.

Einige Besonderheiten greifen bei der *vindicatio hominis* und bei der *vindicatio* von Grundstücken Platz. Für erstere und nur für sie gilt die Formel des Gaius: *hunc ego hominem meum esse ex iure Quir. aio* mit dem Zusatze: *secundum suam causam*. Diese Worte sind nicht Formelbestandtheil, sondern nur von instructioneller Bedeutung; sie sind mit dem *adiecta causa vindicare* der L. 1, § 2 D. 6, 1 gleichbedeutend und weisen darauf hin, dass der *homo* nach verschiedenen Beziehungen, als Sklave, Haussohn u. s. w., vindicirt werden kann. — Die *vindicatio fundi* beginnt, wie die von Mobilien, mit der aussergerichtlichen Besitzergreifung des *fundus*; dieselbe ist nur durch Verdrängung des Besitzers möglich, da sonst blosses Einschleichen vorliegt, und zu diesem Zwecke findet das *ex iure manum consortum vocare* statt, d. i. eine Aufforderung an den Besitzer zum Kampfe um den Besitz des *fundus* ausserhalb des *ius* (*ex iure* = *extra ius*). Gelingt dem Vindicanten die Besitzverdrängung nicht, so „wird alsdann der siegreich gebliebene Gegner die Pflicht gehabt haben, seinen Sieg durch gerichtliches Verfahren zu rechtfertigen; thut er das nicht, so ist er einem erneuten Angriff des Gegners ausgesetzt“. Gelingt sie ihm aber, so muss auch hier der Vindicant vor Gericht gehen, widrigenfalls in gleicher Weise ein *furtum*, wie es das ältere Recht an Immobilien kannte, vorliegt. In *iure* wiederholt sich dasselbe Verfahren wie bei der *vindicatio* von Mobilien; nur erleidet hier der Impositions-, d. h. der eigentliche Vindicationsact, noch eine kleine Aenderung. Vollzogen wird nämlich derselbe nicht am *fundus* selbst, sondern an einer *gleba*, gleichviel wie dieselbe in das *ius* gebracht wurde, und diese „Mobilisirung“ des Grundstückes zu vermitteln, dazu diente ein nochmaliges *ex iure manum consortum vocare*, das dementsprechend nur von symbolischer Bedeutung war. Die Reise des Prätors mit den Parteien nach dem Grundstücke, von der Gellius XX, 10 berichtet, fällt demnach weg; sie ist ein Missverständniss des Gellius.

II.

Sei es mir nunmehr verstattet, zu den hauptsächlichsten der vielen neuen, sich zu einem harmonischen Gesamtbild vereinigenden Aufstellungen des Verfassers kurz Stellung zu nehmen! Ich möchte ihm zunächst darin zustimmen, dass er eine in *ius vocatio* beim alten Vindicationsverfahren leugnet. Er beruft sich dafür mit Recht allgemein auf die dingliche Natur der *legis actio in rem* (§ 11), insbesondere auf die *vindicatio in servitutum* (§ 2), bei welcher jeder Bürger als Processgegner auftreten kann, was zwar nicht ausschliesst, aber doch recht unwahrscheinlich macht, dass ein bestimmter Beklagter geladen wird, sowie auf die Verwandtschaft mit der *legis actio per man. ini.* in dieser Beziehung (§ 3); dagegen dürfte ein gleicher Schluss aus der *vindicatio in libertatem* wegen der durch ihn bedingten *contravindicatio: servum esse* schlechthin anstatt: *servum meum esse* (§ 4) gewagt sein. Für die *vindicatio rei* sodann beweist Verfasser m. E. zutreffend das Nichtvorkommen der in *ius vocatio* namentlich dadurch, dass der etwa be-

klagte Besitzer die zu vindicirende Sache zur Gerichtsstelle zu bringen oder sie dem Kläger zum Zwecke der Vindication zu überlassen, nicht verpflichtet ist (§ 5). In der That schweigen die Quellen über diesen Punkt ganz, und die herrschende Lehre, die eine solche Pflicht annimmt, ist daher nicht quellenmässig. So bleibt nur die Wahl zwischen beiden Möglichkeiten aus inneren Gründen zu entscheiden. Zieht man das Obige in Betracht und beachtet man den auch vom Verfasser betonten Zusammenhang der alten Haussuchung mit der vindicatio, so neigt sich die Wage zu Gunsten der Ansicht des Verfassers. Fraglich bleibt es aber dabei noch, wie sich zu ihr die in ius vocatio der XII Tafeln verhält. Verfasser nimmt zu dieser Frage nicht ausdrücklich Stellung, doch dürfen wir aus seiner Bemerkung auf S. 27 schliessen, dass er es für mehr als unsicher hält, ob tab. I überhaupt auf die legis actio in rem zu beziehen sei. Gewissheit darüber wird allerdings schwer zu erlangen sein, da uns auch hier die Quellen im Stiche lassen; immerhin darf erwähnt werden, dass im Freiheitsprocess der Verginia niemand geladen wird, ohne dass eine Quelle darin eine Widerrechtlichkeit sieht. — Lehnt man nun für das alte Vindicationsverfahren vor den XII Tafeln oder noch zur Zeit derselben die in ius vocatio ab, so muss es allerdings Sache des Vindicanten gewesen sein, sich die Sache selbst zu verschaffen. Aber die Ansicht des Verfassers, dass ihm nun zu diesem Zwecke alles, insbesondere Gewalt erlaubt wäre, scheint mir bedenklich zu sein: lässt sich eine Rechtsordnung denken, welche die Beschreitung des Rechtsweges erst von vorgängiger Gewalt, von offenem Raub oder heimlichem Diebstahl abhängig macht, und welche insoweit die Begehung von Delicten geradezu vorschreibt? Eigenmacht und Rechtsweg sind zwei sich ausschliessende Gegensätze: die Rechtsordnung will gerade Gewalt und Eigenmacht durch Verheissung der staatlichen Hülfe verhüten. Nach dem Verfasser müsste ferner auch Gegengewalt erlaubt sein; dann aber würde die staatliche Hülfe dem Schwachen schlechterdings versagt und jedenfalls die Möglichkeit der Vindication ganz dem Zufall anheimgegeben sein. Diesen letzteren Einwand hat sich Verfasser auch selbst gemacht, aber er hat ihn m. E. nicht ausreichend entkräftet, wenn er als Abhülfe gegen jenen Zufall die alte Haussuchung als einen ebenfalls eigenmächtigen Act hinstellt; denn wäre sie wirklich nur blosser Gewaltact, so wäre auch sie auf Zufall abgestellt und enthielte sie überdies einen schweren Eingriff in den Hausfrieden. Es ist sodann kaum anzunehmen, dass die gewaltsame Wegnahme der Sache, sofern sie einmal erlaubt wäre, noch hinterher gerichtlich gerechtfertigt werden müsste; denn dass Nehmen und Behalten in unserem Falle zweierlei sei, darin kann ich Verfasser nicht beistimmen; und seine Aufstellung, dass der Rechtsverfolgende ein fur ist, wenn er die Gewalt nicht durch gerichtliche Vindication rechtfertigt, scheitert gewiss an dem Mangel des animus furandi für Nehmen wie Behalten der Sache. Seine ganze Construction aber beruht auf einem Schluss aus den possessorischen Interdicten. Diese schützen zweifellos den Besitz schlechthin als Thatsache, abgesehen von jedem

Rechte auf ihn; dass nun aber vor ihrer Einführung auch der Besitz des Berechtigten als Berechtigten schutzlos gewesen sei, dieser Schluss des Verfassers scheint mir weder zwingend noch sonst glaubhaft zu sein; vielmehr dient gerade die *vindicatio* dazu, dem Berechtigten den ihm entzogenen Besitz zu restituiren: sie ist *recuperatorisch*. Kann ich hiernach der Ansicht des Verfassers nicht beitreten, so bleibt nichts anderes übrig, als dass auch zur aussergerichtlichen Besitzergreifung ein gesetzliches Handeln, ein *lege agere* nöthig war. Dies ist nach meiner Meinung die von Voigt, XII Tafeln I, § 61, N. 10. 11 erwähnte aussergerichtliche *man. ini.* auf die Sache, in der ich eine aussergerichtliche *vindicatio* erblicke. Wollte der Vorbesitzer den also Vindicirenden zur Processführung zwingen, so musste er in ähnlicher Weise aussergerichtlich *lege agiren*. Wie dem aber auch sei, jedenfalls halte ich die eigenmächtige Selbsthülfe, als mit der Rechtsordnung unverträglich, im *Legisactionssystem* für ausgeschlossen; wohl aber ist alles Handeln der Parteien, auch das *per lancem liciumque furtum quaerere*, zwar ein *lege agere*, aber ein Selbsthandeln, d. h. das ganze *Legisactionsrecht* steht unter dem Grundsatz des Parteibetriebes.

Gehen wir zur *prov. sacr.* über, so sieht Verfasser (§ 13) darin eine gegenseitige Aufforderung zur Wette über die Rechtmässigkeit bez. Unrechtmässigkeit der Rechtsbehauptung nur des *Contravindicanten*. Er hat dafür auch nur einen mittelbaren Beweis in einem Schlusse aus den vier *Sponsionswetten* im Verfahren aus den *prohibitorischen Interdicten*. Nach dem Verfasser begründen erst jene vier *Sponsionswetten* die *Duplicität* des *Interdictenverfahrens*, derzufolge jeder Partei zugleich die Rolle eines Klägers und eines Beklagten zufällt; weil nun im *Sacramentsverfahren* nicht vier, sondern nur zwei *Sacramentswetten* eingegangen würden, so könne auch nur über eine Rechtsbehauptung gewettet worden sein, und dies könne nur die des *Contravindicanten* (nach Gaius) gewesen sein. Setzen wir nun auch mit dem Verfasser voraus, dass das *sacr.* eine Wette war, und dass das Verfahren aus dem *interdictum uti possidetis* in einem inneren Zusammenhange mit dem *Sacramentsverfahren* steht, so ist doch einmal gegen ihn einzuwenden, dass vier *Sacramentswetten*, auch wenn die Parteien sie gewollt hätten, gar nicht möglich waren, weil die Höhe der *Sacramentssummen* gesetzlich festgestellt war, derart, dass weder unter sie herunter-, noch über sie hinausgegangen werden konnte; letzteres beweist u. a. der niedere *Sacramentssatz* für *Freiheitsprocesse*. Schon aus diesem Grunde kann aus der Vierzahl der *Sponsionswetten* kein zwingender Schluss auf den Inhalt der zwei *Sacramentswetten* gezogen werden. Sodann aber kommt es auf den Inhalt, nicht bloss auf die äussere Thatsache der vier *Sponsionswetten* an. Fest steht, dass je zwei derselben sich glichen: *si adversus edictum praetoris vim fecisti*, und: *ni a. e. p. vim feci*. Es fragt sich aber, in welcher Reihenfolge die Parteien diese *Sponsionen* forderten. Nach dem Verfasser müsste, wenn erst alle vier *Sponsionen* zusammen die *Duplicität* des Verfahrens begründeten, zuerst der Kläger stipuliren: *si vim fecisti*, darauf der Beklagte: *ni vim feci*, dann der

Kläger wieder: *ni vim feci*, und schliesslich der Beklagte: *si vim fecisti*; m. a. W., die ersten beiden Sponsionen bezögen sich nur auf die Behauptung des Beklagten, die zweiten beiden nur auf die des Klägers. Nun ist aber nach Gaius IV, 166 das Gegentheil das Wahrscheinliche, dass nämlich beide Theile zuerst stipuliren: *si vim fecisti*, und darauf: *ni vim feci*. Ist dies richtig, dann ist schon mit den ersten beiden Sponsionen die Duplicität des Verfahrens gewahrt, und die beiden Restipulationen haben denselben Inhalt, nur mit anderen Worten, so dass sie nichts Neues bringen, woraus sich erst die Duplicität erklärte. Dann aber können auch die beiden Sacramentswetten die Behauptungen beider Parteien umfassen, ja sie müssen es sogar unter der Voraussetzung, dass das genannte Interdictenverfahren für das Sacramentsverfahren überhaupt schlüssig ist. Die von mir angenommene Reihenfolge der Sponsionen wird aber noch dadurch beglaubigt, dass die vier Sponsionen dem Interdictenverfahren gar nicht immanent waren (vgl. Ad. Schmidt, Interdictenverfahren S. 286). Weil jede Sponsion nur im eigenen Interesse, andererseits aber auch (ausser der vierten) mit der Gefahr der zu erwartenden Gegensponsion geschah, so konnte auch jeder Theil nach der ersten Sponsion des Klägers auf eine weitere verzichten oder konnten nur die ersten beiden Sponsionen, wie sie Verfasser angiebt, abgeschlossen werden. Darnach hängt es nur vom Kläger ab, ob die zweiten Wetten eingegangen wurden; dies erfordert aber, dass im Interesse des Beklagten, der auch im Besitz geschützt sein will, schon mit seiner ersten Sponsion die Duplicität des Verfahrens gegeben sein muss. Die zweiten Sponsionen kommen also für uns hier gar nicht weiter in Betracht; sie dürften eingeführt sein, um die Beschränkung der Sponsionssummen auf das *quantum ea res est* (Lenel ed. perp. S. 379) zu umgehen. — Somit dürfte dem Verfasser der einzige Beweis für seine Ansicht über den Inhalt der *prov. sacr.* entzogen sein, die, von allem anderen abgesehen, namentlich auch die Folge gegen sich hat, dass der Contravindicant allein beweispflichtig wäre. Ein Punkt aber in seiner Aufstellung scheint mir durchaus billigenswerth: „Ist das Sacramentum des Contravindicanten iniustum, so bleibt damit von selbst die Rechtsbehauptung des Gegners in Kraft und es kann dieser nunmehr prätorische Addition verlangen“; dasselbe muss aber auch im umgekehrten Falle für den Contravindicanten gelten.

Die Erklärung sodann, die Verfasser von dem Zwölftafelgesetz: *si vindiciam falsam tulit* giebt (§ 14), scheint mir desswegen nicht zutreffend zu sein, weil *vindicia* nicht das Streitobject schlechthin, sondern nur mit Bezug auf die Vindicierenheilung, also das Object des interimistischen Vindicienbesitzes bedeutet. Auch ist mir die vom Verfasser angenommene gesetzliche Schadenersatzpflicht an sich nicht wahrscheinlich; mit alleiniger Ausnahme der *lis in sacrum delicata* wird jeder Ersatzanspruch durch das Institut der *praedes* vermittelt, und zudem kennen wir als Ersatz eines die Sache nicht selbst treffenden Schadens nur den Ersatz der Früchte der Zwischenzeit. Auch dass das Gesetz selbst die Höhe des Schadens festsetzen soll, gleichviel wie hoch

er sich in Wahrheit beläuft, und den Schadenersatz auch da zubilligen soll, wo gar kein Schaden vorhanden ist, mehrt die Bedenken.

Endlich seien mir noch einige Bemerkungen zu des Verfassers Darstellung der Vindication von Grundstücken (§ 15) gestattet. In dem hier vorkommenden *manus conserere* sieht er ernstliche aussergerichtliche Gewalt, welche der gewaltsamen Wegnahme der Sache bei der *vindicatio* von Mobilien entspräche. Allein wie dort, so ist mir auch hier die übrigens auch sonst noch von Neueren getheilte Annahme von Gewalthandlungen nicht zusagend. *Manus conserere* bedeutet m. E. die *vindicatio* und *contravindicatio* zusammen, wie mit *manum adserere* ursprünglich die *contravindicatio* bezeichnet ward. Das *manus conserere* kommt daher bei jeder *vindicatio* vor; der *vindicatio fundi* eigenthümlich ist nur das *ex iure manus consertum vocare*. Dies ist kein aussergerichtlicher Act, wie Verfasser meint; denn *ex iure* kann nicht = *extra ius* sein; sondern ein gerichtlicher, den ich in folgender Weise deute. Die Rechtsbehauptung beider Parteien *in iure: fundus qui est in agro qui Sabinus vocatur, eum ex iure Quir. meum esse aio* ist keine *vindicatio ex iure*, nach dem Rechte, weil die gesetzliche *vindicatio* nach Gaius das Handauflegen auf die gegenwärtige Sache erfordert. *Ex iure manus consertum* (diese Worte gehören zusammen) *vocare* heisst also wörtlich übersetzt: zur rechtmässigen Vindication und Contravindication (sc. am fundus selbst) auffordern. Um dieser Aufforderung nachzukommen, mussten sich die Parteien mit dem Prätor, was Verfasser allerdings bestreitet, nach dem fundus begeben. Dies war wenigstens das ursprüngliche Verfahren; wir wissen aus Gellius XX, 10 und Cic. pro Murena c. 12, dass dasselbe später mehrfach verändert und vereinfacht wurde.

Leipzig, im Februar 1889.

Hugo Krüger.

Hermann Schott, Das *ius prohibendi* und die *formula prohibitoria*. Leipzig 1888. 74 S.

Die vorliegende Arbeit ist ein neuer Versuch, für die vielumstrittene *formula prohibitoria* einen Platz im römischen Aktionensystem zu finden. Schott verweist im Anschluss an Lenel, Zeitschr. d. Sav.-Stift. II, S. 79 die *form. proh.* in das Gebiet der *operis novi nuntiatio*. Die Formel soll zur Geltendmachung des *ius prohibendi* gedient haben, welches der Prätor zur Bedingung des Remissionsbefehls machte. Im ersten Theil der Schrift werden Voraussetzungen und Natur des *ius proh.* erörtert, im zweiten Theil wird der Beweis geführt, dass die *form. proh.* eben diesem *ius proh.* entsprach.

Jedes dingliche Recht hat eine negative gegen Dritte gerichtete Seite: der Berechtigte darf Dritten jede oder doch gewisse Einwirkungen auf die Sache verbieten. In dieser allgemeinen Bedeutung ist jedoch der Ausdruck *ius proh.* nicht quellenmässig, er ist vielmehr fast ausnahmslos auf Fälle beschränkt, in denen es sich um die dauernde Veränderung eines Grundstücks handelt. Aber auch in dieser Beschränkung ist *ius proh.* noch kein technischer Ausdruck. Er wird vermieden beim *interd. quod vi aut clam*, welches doch auf der sog. *prohibitio* beruht — die *prohibitio* ist kein „*ius*“, weil sie prätorischen Ursprungs ist (S. 47) — dagegen vorzugsweise gebraucht zur Bezeichnung des Rechts, Neubauten hindernd in den Weg zu treten. Zu diesem Zwecke diene aber dem dinglich Berechtigten die *o. n. n.* (*iuris nostri conservandi causa*). So erscheint das technische *ius proh.* „als die negative Seite des dinglichen Rechts, insoweit dieselbe durch *o. n. n.* geltend gemacht werden kann“ (S. 13). Der Kreis der Personen, denen die *o. n. n.* zu Gehot steht, ist von der römischen Jurisprudenz in positiver und nicht leicht erklärbarer Weise abgegrenzt worden. Die hier einschlagenden Fragen werden von Schott S. 14—37 eingehend besprochen. Zunächst ist berechtigt der Eigenthümer, auf dessen Grundstück ein Neubau vorgenommen wird. Auch der Eigenthümer von Provinzialland? In fr. 3 pr. D. 39, 1 ist diese Frage ausdrücklich bejaht. Schott hält es für sehr wahrscheinlich, dass Ulpian das Gegentheil geschrieben und dem Eigenthümer von Provinzialland wie dem Niessbraucher, mit dem er häufig auf eine Linie gestellt wird, die *o. n. n.* versagt hat. Für diese Frage kommen die ersten Zeilen der l. Rubria in Betracht, von der es bekanntlich streitig ist, ob sie vor oder nach Zurechnung des cisalpinischen Galliens zum italischen Boden erlassen ist. Unter Mit-eigenthümern ist die *o. n. n.* wie die *a. negat.* ausgeschlossen, weil die Mitberechtigung eine gegenseitige durch die *a. comm. div.* geregelte Rücksichtnahme verlangt. — Welche Servituten berechtigen den Eigenthümer zur *o. n. n.*? Ausdrücklich anerkannt ist die *o. n. n.* bei der *serv. ne lumin. offic.*, *altius non toll.* und *oneris fer.*; ausdrücklich ausgeschlossen bei der *serv. viae*. Welches ist das Unterscheidungsmerkmal? Schott (S. 31) kommt zu dem Resultat, dass das *ius proh.* nur bei den Servituten vorkommt, „welche ein *non facere* des Verpflichteten zum unmittelbaren Inhalt haben“. Zur Unterbringung der *serv. oneris fer.* unter diese Kategorie muss in dem *sustinere onus* ein *non facere* gefunden werden. — Des weiteren wird die *o. n. n.* der anderen dinglich Berechtigten, ausser dem Eigenthümer, erörtert, namentlich die des Niessbrauchers.

Das *ius proh.*, welches durch *o. n. n.* geltend gemacht wird und dessen Vorhandensein die Voraussetzung der Giltigkeit der Nuntiation ist, ist ein absolutes und materielles Recht, d. h. es ist auf Herbeiführung eines endgiltigen Erfolges gerichtet. Es ist scharf zu unterscheiden von dem relativen und formalen Verbotungsrecht, welches aus jeder formgiltigen *o. n. n.*, ohne Rücksicht auf ein dem Nuntianten zustehendes materielles *ius proh.*, entsteht und durch das

interd. demolitorium geschützt wird. Dass die Römer auch dieses formale Recht aus der o. n. n. mit dem Ausdruck *ius proh.* bezeichnet haben, wie z. B. in fr. 8 § 6 D. 39, 1, ist ein Beleg für ihre laxen Terminologie. Dem formalen *ius proh.* entspricht das formale *ius aedificandi*, welches der Nuntiat durch Remission oder *cautio ex o. n. n.* erwirbt und mit einem besonderen prohibitorischen Interdict geltend macht.

Die o. n. n. bewirkte nur eine provisorische Einstellung des Neubaus oder Cautionsleistung seitens des Nuntiaten. Zur definitiven Verhinderung des Baues bedurfte es einer Entscheidung über das materielle *ius proh.* Das Verfahren gestaltete sich verschieden, je nachdem der Nuntiat Remission verlangt oder aussergerichtlich Caution gestellt hatte. Dort kam es zum Interdictprocess, hier zu einer *actio*. Wie erklärt sich das Nebeneinanderbestehen von *remissio* und *cautio*? Schott (S. 49) nimmt an, die Remission sei vom Prätor zu Gunsten des Nuntiaten eingeführt, der eine Entscheidung über das *ius proh.* herbeizuführen wünschte. Der Process über das *ius proh.* sei mit dem Remissionsdecret unmittelbar eröffnet, während es bei der dem Civilrecht angehörenden Caution im Belieben des Nuntianten lag, wann er den Process über das Verbotungsrecht beginnen wollte. Dieser Unterschied zwischen den beiden Verfahrensarten scheint uns nicht begründet zu sein. Die Remission ist ein prohibitorisches Interdict zu Gunsten des Nuntianten (Burckhard, Die O. N. N. S. 297 f., Lenel, Ed. perp. S. 388). Er ist Kläger und nur er kann zur *sponsio* und *restipulatio* provociren. Will der Nuntiat, statt von seinem formalen Aedificationsrecht aus der Remission einen immerhin riskanten Gebrauch zu machen, erst eine Entscheidung über das vom Nuntianten behauptete materielle *ius proh.* erhalten, so ist er auf die petitorischen Klagen (je nachdem a. confess. oder negat.) angewiesen. Dies scheint uns in fr. 19 D. 39, 1 ausgesprochen zu sein. Wir möchten umgekehrt die aussergerichtliche Caution für eine später gestattete Erleichterung gegenüber dem gerichtlichen Akt der Remission halten. Es scheint uns dies namentlich aus fr. 5 § 17 D. 39, 1 hervorzugehen: *si is, cui nuntiatum erit, ex o. n. n. satisfactionem dederit — perinde est, ac si o. n. n. omitta esset. habet autem hoc remedium utilitatem: nam remittit vexationem ad praetorem veniendi et desiderandi, ut missa fieret nuntiatio.*

In diesen die o. n. n. ergänzenden Process über das materielle *ius proh.* will Schott die von den Byzantinern angedeutete formula prohibitoria verlegen: der Prätor proponirte im Anschluss an die Bestimmungen über die Nuntiation ein einheitliches Sponsionsformular über das Vorhandensein des *ius proh.* ohne Rücksicht auf den speciellen Rechtsgrund, Eigenthum oder Servitut, auf welchem das Verbotungsrecht im einzelnen Falle beruhte. An Stelle dieses Sponsionsformulars sei später eine entsprechende formula petitoria getreten und diese sei dann auch im selbständigen Servitutenprocess verwendet worden, wo es sich um ein *ius proh.* im technischen Sinne handelte. Daraus erklären sich (S. 73) die Spuren der formula prohibitoria ausserhalb des

Gebietes der o. n. n. in fr. 11 D. 8, 5 und fr. 5 D. 7, 6 und ihre missbräuchliche Anwendung auf den Niessbrauch bei Stephanus. In seiner Beweisführung (S. 57 f.) geht Schott davon aus, dass die Existenz einer form. proh. jedenfalls anzunehmen sei. Denn die Byzantiner hätten einen lateinischen terminus technicus wohl missverstehen, nicht aber erfinden können. Bei den Servitutenklagen findet sich aber keine Spur von der form. proh., nicht einmal bei der serv. altius toll. s. non toll., bei der doch diese Formel einem logischen Bedürfniss — Unterscheidung der a. confess. aus der serv. altius non toll. von der a. negat. gegen eine serv. altius toll. — entsprochen hätte. Auch die prohibitorische Fassung der negatorischen Klage im Sponsionsprocess, welche Lenel, Ed. perp. S. 150 vermuthet, verwirft Schott (S. 61) auf Grund der durchgehenden Gleichheit der Intention der rei vind. im Sponsions- und im Formularprocess. So bleibt für die form. proh. kein anderer Ausgangspunkt übrig, als das Verfahren, welches sich an die o. n. n. anschliesst. Schott scheint anzunehmen, dass dieselbe Sponsionsformel si ius mihi est te prohibere ne me invito opus novum facias sowohl nach Remission wie nach aussergerichtlicher Caution zur Anwendung gekommen ist. Müsste nicht die Sponsion aus dem prohibitorischen Remissionsinterdict auf ein Zuwiderhandeln des Nuntiaten abgestellt sein?

Heidelberg, im August 1889.

A. v. Tuhr.

V.

Die Zeitfolge der Gesetze Constantins.

Von

Herrn Professor **Otto Seeck**

in Greifswald.

Zweite Abtheilung.

Nachdem wir im ersten Theil den Quellen des Codex Theodosianus nachgeforscht und die Grundsätze festgestellt haben, welche für die Behandlung seiner Datirungen massgebend sein müssen, wenden wir uns nun zu dem besonderen Gegenstande unserer Untersuchung, den Gesetzen Constantins.

Am 25. Juli 306 wurde Constantin zum Cäsar, nicht sehr lange darauf zum Augustus erhoben. Doch während nach der Besiegung des Maxentius (28. October 312) sich die Gesetze Monat für Monat mit erstaunlicher Geschwindigkeit folgen, ist aus den ersten sechs Jahren seiner Regierung kein einziges bekannt. Auf Zufall kann dies kaum beruhen; wir müssen also suchen, ob sich dafür nicht ein Rechtsgrund finden lässt.

Mommsen¹⁾ hat die Frage, ob den Cäsares Diocletians die Befugniss zu rescribiren zustand, verneinen zu müssen geglaubt, wie mir scheint, mit Unrecht. Ein Rescript ist ja weiter nichts als eine Processentscheidung, welche das geltende Recht zu interpretiren, nicht zu ändern bestimmt ist und nur

¹⁾ Ueber die Zeitfolge der in den Rechtsbüchern enthaltenen Verordnungen Diocletians und seiner Mitregenten. Abh. d. Berl. Acad. 1860, S. 419.

dadurch für die Rechtsentwicklung von Bedeutung wird, dass sie von der höchsten Instanz des Römerreiches ausgeht. Den Cäsares den Erlass derartiger Verordnungen zu untersagen, wäre gleichbedeutend gewesen mit dem Ausschluss von der obersten Appellationsgerichtsbarkeit, welche doch schon Constantin sogar den Praefecti Praetorio zugestanden hat. Es kann also nur fraglich sein, ob es gestattet war, die Rescripte der Cäsares auch für andere Processe als diejenigen, in welchen sie erlassen waren, vor Gericht zu citiren, doch auch dies muss unbedingt bejaht werden. Denn alle Schriftstücke, welche von den Kaisern beider Rangclassen ausgingen, trugen ja unterschiedslos die Ueberschrift: *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et Constantius et Maximianus nobilissimi Caesares*¹⁾; ob sie von einem Augustus oder einem Cäsar herühren, lässt sich nur an dem Orte des Datums erkennen; für die Gerichte, welche nicht bei jedem angeführten Rescript historische Untersuchungen über die Aufenthaltsorte der Kaiser anstellen konnten, waren sie also nicht zu unterscheiden. So finden sich denn auch in den letzten Monaten des Jahres 294 neben den aus Nicomedia datirten Erlassen Diocletians eine ganze Anzahl, welche mit dem Orte Sirmium bezeichnet sind²⁾ und zweifellos auf Galerius zurückgehen. Vom 2. November 285 besitzen wir zwei Rescripte, die verschiedene Ortsdaten tragen, folglich auch von verschiedenen Kaisern gegeben sein müssen³⁾. Zu dieser Zeit aber war der Mitregent Diocletians noch Cäsar, und dass hier kein Irrthum im Datum stattgefunden hat, sondern die eine Verordnung (Vat. 23) wirklich von ihm ausgegangen ist, wird auch durch ihren Inhalt bewiesen. Denn der Process, auf welchen sie sich bezieht, war infolge eines grossen Brandes von Rom entstanden, spielte also in dem Reichstheil des Maximian.

Dass die Augusti sich nicht mit kleinen Geschäften über-

¹⁾ Wenn es dafür eines Beweises bedürfte, so böte ihn die Verordnung des Constantius Chlorus bei Eumenius pro rest. schol. 14; die Ueberschrift derselben ist zwar verloren, doch spricht im Texte der Cäsar immer im Namen aller vier Kaiser, ausser wo er eines ihn persönlich angehenden Gegenstandes erwähnt. Vgl. Jahrb. f. class. Philol. 1888, S. 720. — ²⁾ Vgl. den Index zu Krügers Codex Iustinianus. — ³⁾ C. J. IV, 48, 5 = Vat. 23 und Vat. 297.

bürden mochten und deshalb, wo nur Interpretationen der bestehenden Gesetze erforderlich waren, die der Cäsares als gleichberechtigt anerkannten, liegt in der Natur der Sache; doch die Rechtseinheit des Reiches durfte darum nicht gefährdet werden. Die eigentliche Gesetzgebung scheint daher Diocletian sich selber vorbehalten und nicht nur die Cäsares, sondern auch den jüngeren Augustus davon ausgeschlossen zu haben. Wenigstens besitzen wir keinen Erlass der Vierkaiserherrschaft, der den Namen eines Gesetzes verdiente und nicht von Diocletian ausgegangen wäre. Nun hat der Senat unmittelbar nach dem Sturze des Maxentius dem Sieger die Würde des ältesten Augustus und damit die Stellung zuerkannt, welche Diocletian unter seinen Mitregenten eingenommen hatte¹⁾. Hiernach ist es mehr als wahrscheinlich, dass Constantin, so lange er jüngerer Augustus war, sich das Recht der Gesetzgebung selbst nicht beigelegt hat und folglich vor dem November 312 wohl Rescripte²⁾, aber keine Gesetze von ihm erlassen sein können. Die Zeitgrenze, von welcher die Constitutionen des Codex Theodosianus ihren Anfang nehmen, ist also keine zufällige, sondern eine historisch und rechtlich gegebene, und wenn Gothofredus das falsch datirte Gesetz XI, 3, 1 auf den 1. Juli 312 ansetzen will, so ist dies trotz seiner sehr scheinbaren Gründe zweifellos unrichtig.

Unsere Untersuchung würde sich wesentlich vereinfachen, wenn wir annehmen dürften, dass sich auch Licinius der Beschränkung des jüngeren Augustus gefügt habe; doch ist dies

¹⁾ Lact. de mort. pers. 44 nach der Besiegung des Maxentius: *senatus Constantino virtutis gratia primi nominis titulum decrevit, quem sibi Maximinus vindicabat*. Von den damals lebenden Kaisern war Maximinus Daza derjenige, welcher, wenn auch nur als Cäsar, am frühesten den Thron bestiegen hatte. Dass in allen officiellen Urkunden, Inschriften, Gesetzesinscriptionen u. s. w., die Kaiser in der Reihenfolge ihrer Anciennität aufgeführt werden, ist bekannt. Der *titulus primi nominis*, d. h. das Recht, seinen Namen denen aller Mitregenten voranzustellen, ist also das Abzeichen des ältesten Augustus. Dem Senatsbeschluss entsprechend finden wir denn auch seit Ende 312 den Namen des Constantin auf den Inschriften denen der beiden anderen Augusti vorgesetzt (CIL. V, 8021, 8060, 8963), während vorher der des Maximinus an der Spitze gestanden hatte. CIL. III, 5565 mit der Anm. Mommsens. — ²⁾ Ein solches ist Vat. 32 vom 29. Aug. 312.

an sich sehr unwahrscheinlich und durch sichere Zeugnisse widerlegt. Jede Schmälerung der Kaisergewalt liess sich nur so lange aufrecht erhalten, als ihr Inhaber sich derselben freiwillig fügte oder durch eine überlegene Macht dazu gezwungen wurde. Maximian beugte sich dem Geiste seines Mitregenten; Constantin hatte die triftigsten Gründe, sich vor der Unterwerfung Italiens gegen die älteren Herrscher nicht öffentlich aufzulehnen: Licinius dagegen brauchte eine Oberhoheit Constantins, wie sie in der ausschliesslichen Einräumung der Legislative gelegen hätte, nicht anzuerkennen und hat es nie gethan. Dass Gesetze von ihm vorhanden waren, ist uns denn auch ausdrücklich bezeugt¹⁾. Freilich waren sie nach seinem Sturze alle für ungiltig erklärt worden und gehörten daher in den Codex Theodosianus nicht hinein; auch wird man sie noch zur Zeit Constantins in den Archiven des Orients wohl zum allergrössten Theil vernichtet haben. Wenn aber doch einzelne Exemplare sich der allgemeinen Zerstörung entzogen hatten und ein Jahrhundert später in die Hände der Compileren kamen, so können diese nicht mehr im Stande gewesen sein, sie von den Gesetzen Constantins zu scheiden. Denn wie diese, so waren ja auch die Verfügungen des Licinius überschrieben: *Impp. Constantinus et Licinius AA.* und um die feineren Unterscheidungszeichen, wie Ort und Adressat sie boten, haben sich die Compileren gewiss nicht gekümmert. Dass auf solche Art manches, was dem Licinius gehört, in den Codex hineingekommen ist, lässt das folgende Gesetz (XIII, 10, 2) mit Sicherheit erkennen: *Idem A. (scil. Constantinus) ad Eusebium v. p. praesidem Lyciae et Pamphylicae. Plebs urbana, sicut in Orientalibus quoque provinciis observatur, minime in censibus pro capitatione sua conveniatur, sed iuxta hanc iussionem nostram immunis habeatur, sicuti etiam sub domino et parente nostro Diocletiano seniore Augusto eadem plebs urbana immunis fuerat. Dat. kal. Iun. Constantino A. III et Licinio III cons. (313).* Das Gesetz ist an einen asiatischen Beamten gerichtet, kann also nur von einem Kaiser ausgegangen sein, der den Orient beherrschte. Dass dies bei Constantin zu der Zeit, welche die Subscription an-

¹⁾ XV, 14 1: *remotis Licinii tyranni constitutionibus et legibus.*

giebt, noch nicht der Fall war, käme kaum in Betracht, denn das Consulat kann ja hier, wie in so vielen anderen Fällen, falsch sein und ist es thatsächlich. Aber der Text nennt den Diocletian *senior Augustus*, nicht *divus*, ist also noch bei seinen Lebzeiten abgefasst. Da nun dieser, trotz der Differenzen über sein Todesjahr, doch jedenfalls lange vor dem Sturze des Licinius gestorben ist, so kann über den Urheber des Gesetzes auch kein Zweifel obwalten. Doch wenn alles, was auf Licinius zurückgeht, nur durch Versehen in den Codex Theodosianus hineingerathen ist, so wird die Zahl seiner erhaltenen Erlasse natürlich eine sehr beschränkte sein. Das eben besprochene ist denn auch das einzige durchaus sichere Beispiel, welches wir anzuführen wissen; doch haben wir uns durch dasselbe immerhin für berechtigt gehalten, noch ein anderes Gesetz, wenn gleich zweifelnd, dem Licinius zuzuschreiben ¹⁾. Ob sich nicht auch sonst sein Eigenthum unter dem Namen des Constantin versteckt, vermögen wir nicht festzustellen; jedenfalls aber können diese Fälle nur ganz vereinzelte sein. In der Hauptsache sind wir also berechtigt, mit den Gesetzen der Jahre 312—337 so zu verfahren, als wenn sie alle von demselben Kaiser herstammten.

Dies ist namentlich insofern wichtig, als daraus folgt, dass die Datirungsorte, in denen wir ja das sicherste Mittel der Zeitbestimmung erkannt haben, ein einheitliches, in sich zusammenhängendes Itinerar ergeben müssen. Um für dieses eine feste Grundlage zu gewinnen, wird es angemessen sein, von denjenigen Daten auszugehen, welche uns nicht durch den Codex überliefert und folglich von den mannigfachen Verderbnissen seiner Subscriptionen unberührt geblieben sind. Glücklicher Weise ist auch das sonstige Quellenmaterial reich genug, um uns fast für jedes Jahr Constantins einzelne Anhaltspunkte für die Aufenthaltsorte des Kaisers zu gewähren. Ob

¹⁾ VIII, 4, 3 + X, 7, 1 + 20, 1 + XII, 1, 5 vom 21. Juli 317; vgl. auch VIII, 5, 2 vom 14. Mai 316. Das Rescript C. J. VII, 16, 41 ist zwar sicher von Licinius, muss aber aus einer anderen Quelle als dem Codex Theodosianus geschöpft sein. Denn erstens hat Theodosius II alle Rescripte von seiner Sammlung principiell ausgeschlossen, zweitens haben seine Compiler den Namen des Licinius ausnahmslos aus den Ueberschriften getilgt, während er an dieser Stelle erhalten ist.

die Daten des Codex Theodosianus mit diesen in Uebereinstimmung sind, muss den Prüfstein für ihre Richtigkeit bilden.

- 312 Am 28. October 312 schlug Constantin den Maxentius an der Milvischen Brücke und zog am andern Tage in Rom ein¹⁾. Nachdem er dort die dringendsten Angelegenheiten geordnet und durch den Senat den Rang des ältesten Augustus empfangen hatte, verliess er die Stadt noch im Winter, um in Mailand mit Licinius zusammenzutreffen²⁾. Seinen Aufenthalt in Rom bestimmt Nazarius auf ungefähr zwei Monate; das bedeutet weniger als drei Monate, doch vielleicht nicht sehr viel weniger. Denn da es an dieser Stelle im Interesse des Lobredners liegt, die Zeit möglichst kurz darzustellen³⁾, so wird er den Ueberschuss an Tagen, selbst wenn er sehr beträchtlich war, gewiss eher nach unten als nach oben abgerundet haben.
- 313 Dass Constantin sein drittes Consulat am 1. Januar 313 in der Reichshauptstadt angetreten hat, ist auch aus andern Gründen wahrscheinlich⁴⁾, und die Spiele, welche diese Feier begleiteten, werden ihn wohl noch ein paar Wochen länger in Rom festgehalten haben⁵⁾. Doch muss die Zusammenkunft mit Licinius in Mailand⁶⁾ noch Anfang Februar stattgefunden und sich nur über wenige Tage ausgedehnt haben; denn sie wurde unterbrochen durch die Nachricht, dass

¹⁾ CIL. I, S. 352. — ²⁾ Lact. de mort. pers. 45: *Constantinus rebus in urbe compositis hieme proxima Mediolanium contendit.* —

³⁾ Paneg. X, 33: *quidquid mali sexennio toto dominatio feralis inflixerat, bimestris fere cura sanavit.* Wie man sieht, spitzt sich hier die Pointe darauf zu, die langen Jahre, welche Rom unter Maxentius gelitten hatte, mit den kurzen Monaten, die Constantin zur Heilung des Schadens brauchte, in Gegensatz zu stellen. — ⁴⁾ Lactanz de mort. pers. 17 sagt von Diocletian: *cum libertatem populi Romani ferre non poterat, impatiens et aeger animi prorupit ex urbe independentibus calendis Ianuariis, quibus illi nonus consulatus deferebatur. tredecim dies tolerare non potuit, ut Romae potius quam Ravennae procederet consul.* Mit Recht bemerkt Tillemont, dass Lactanz dies nicht so scharf tadeln würde, wenn sein Ideal Constantin sich ganz desselben Vergehens schuldig gemacht hätte. — ⁵⁾ Ueber diese Spiele s. Eumen. paneg. IX, 19. — ⁶⁾ Am sichersten ist dieselbe beglaubigt durch das Edict des Licinius bei Lact. 48 = Euseb. hist. eccl. X, 5, 3: *cum feliciter tam ego Constantinus Augustus quam etiam ego Licinius Augustus apud Mediolanium convenissemus.* Vgl. Lact. 45; Anon. Vales. 5, 13; Zos. II, 17, 2; Vict. epit. 41, 4.

Maximinus in das Gebiet des Licinius eingefallen sei, und schon am 30. April 313 stand dieser seinem Gegner bei Tzirallum, 18 Milien diesseit Heraclea, zur Entscheidungsschlacht gegenüber¹⁾. Von Mailand zog Constantin in grösster Eile an den Niederrhein, um einen Einfall der Franken abzuwehren²⁾. Den Erfolg feierte er mit prächtigen Siegesfesten³⁾, welche jedenfalls in Trier, als der Hauptstadt Galliens, gehalten worden sind.

Das nächste Jahr sah den ersten Krieg zwischen Licinius und Constantin. Da die Gesetze des letzteren mit dem 29. April abbrechen, darf man wohl vermuthen, dass er sehr bald darauf den Feldzug nach Pannonien angetreten hat. Am 8. October 314 schlug er seinen Gegner bei Cibalae⁴⁾ und drang dann schnell nach Sirmium vor⁵⁾.

Die weiteren Bewegungen Constantins sind durch die mangelhafte Ueberlieferung sehr verdunkelt, lassen sich aber trotzdem mit grosser Wahrscheinlichkeit feststellen. Davon muss zunächst ausgegangen werden, dass die Entscheidung des Krieges eine sehr schnelle war, also für complicirte Märsche und Operationen keine Zeit blieb. Dies ergibt sich aus folgendem: Im Jahre 315 bekleideten die beiden Gegner gemeinsam ihr drittes Consulat, worin offenbar ihre wiederhergestellte Einigkeit für die Unterthanen des Reiches zum Ausdruck kommen sollte. Die Designation kann also nicht stattgefunden haben, ehe der Friede geschlossen war. Nun pflegt der Chronograph von 354⁶⁾ in seiner Praefectenliste es regelmässig anzumerken, wenn am Neujahrstage die Namen der Consuln in Rom noch nicht bekannt waren; doch unter dem Jahre 315 findet sich keine derartige Notiz. Mithin sind sie

¹⁾ Lact. 46. Dass die Mansio, bei welcher nach Lact. 45 die Schlacht geschlagen wurde, Tzirallum hiess, ergeben die Itinerarien. Vgl. Mommsen, Abh. d. Berl. Acad. 1860, S. 434. — ²⁾ Anon. Vales. 5, 13: *nuptiis celebratis Gallias repetit Constantinus*. Eumen. paneg. IX, 21: *codem impetu, quo redieras in Gallias tuas, perrexisti ad inferiorem Germaniae limitem*. Vgl. Zosim. II, 17, 3. — ³⁾ Eumen. paneg. IX, 23. — ⁴⁾ Idat. fast. 314: *his cons. bellum Cibalense fuit d. VIII id. Oct.* Vgl. Zos. II, 18, 2; Anon. Vales. 5, 16; Eutrop. X, 5; Vict. epit. 41, 5; Sozom. I, 6. — ⁵⁾ Zosim. II, 19, 1. Anon. Vales. 5, 16. — ⁶⁾ Herausgegeben von Mommsen, Abh. d. K. sächs. Gesellsch. d. Wissensch. II, S. 549.

314 im Jahre 314 so lange vor dem 31. December designirt worden, dass ihre Verkündigung in der Reichshauptstadt noch rechtzeitig erfolgen konnte, wonach der Friedensschluss spätestens Mitte December, also nur zwei Monate nach der Schlacht bei Cibalae, anzusetzen ist. Diese Combination wird auch durch einen zweiten Umstand unterstützt. Dass Constantin während eines Krieges, in dem es sich um seine Existenz handelte, zu gesetzgeberischer Thätigkeit keine Musse gefunden hat, ist an sich wahrscheinlich und wird durch den Codex Theodosianus bestätigt. Mit dem Beginn des Feldzuges hören die Gesetze auf und beginnen erst wieder nach dem Abschluss desselben. Das erste trägt leider kein Datum, doch ist es nach dem Propositum schon am 22. Januar 315 zu Cagliari in Sardinien publicirt worden und kann folglich nicht später als im December 314 gegeben sein.

Constantins nächster Zweck war natürlich, die Macht seines Gegners zu zerschmettern und sich der ganzen ihm unterworfenen Reichshälfte zu bemächtigen. Sein Operationsziel musste also Byzanz, die Brücke zwischen Orient und Occident sein. Auf der grossen Strasse, die von Sirmium aus dorthin führte, stellte sich ihm denn auch Licinius zum zweiten Male entgegen; bei Adrianopel fasste er nach seiner Niederlage zuerst wieder festen Fuss¹⁾. Dass Constantin um dieselbe Zeit in Philippi gewesen sei, steht zwar in der Handschrift des Anonymus Valesianus, doch kann dies unmöglich richtig sein; ein Zug nach Makedonien wäre unter den gegebenen Umständen gänzlich zwecklos gewesen. Ohne Zweifel verfolgte der Sieger den geschlagenen Feind und hielt sich ihm so nahe als möglich auf den Fersen²⁾; wir werden demnach für Philippi Philippopolis zu setzen haben, wie schon Tillemont vermuthet hat. Das zweite Schlachtfeld des Krieges ist also zwischen dieser Stadt und Adrianopel zu suchen; wahrscheinlich war es bei dem Orte, welcher im Itinerarium Antonini S. 231 *Castra Iarba* genannt ist und ungefähr an der Stelle des heutigen Harmanly gelegen haben muss³⁾. Dort

¹⁾ Anon. Vales. 5, 17: *inde apud Hadrianopolim Thraciae civitatem per Valentem collecta ingenti multitudine legatos ad Constantinum de pace misit apud Philippos constitutum.* — ²⁾ Dies bezeugt auch Zosimus II, 19. — ³⁾ Anon. Vales. 5, 17: *iterum reparato bello in campo*

theilten sich die Strassen, welche von Byzanz und Adrianopel 314 links nach Philippopolis, rechts nach Beroea führten, wodurch der ganze Verlauf des Kampfes erst verständlich wird. Die Schlacht war unentschieden, als die Dunkelheit die Streitenden trennte; doch am andern Morgen fand Constantin sich keinen Feind mehr gegenüber. Mit gewohnter Entschlossenheit begann er die Verfolgung in der Richtung auf Byzanz. Aber Licinius hatte nicht seine natürliche Rückzugsstrasse eingeschlagen, sondern war seitwärts nach Beroea ausgewichen und stand jetzt seinem Gegner im Rücken, ihn von seinen Verbindungen abschneidend¹⁾. Dieser geschickte Zug zwang Constantin, auf die Vernichtung seines Nebenbuhlers zu verzichten und den dargebotenen Frieden anzunehmen. Sind die Schlussakte des Krieges in dieser Weise verlaufen, so ist es leicht, sie in den gegebenen Raum von etwa zwei Monaten einzuschliessen; wäre dagegen Constantin von Sirmium nicht nach Philippopolis, sondern nach Philippi, Licinius von Adrianopel nicht nach dem thrakischen, sondern nach dem makedonischen Beröa gezogen, so könnte die Zeit unmöglich ausreichen.

Für das nächste Jahr versagt die directe Ueberlieferung, 315 doch ist die Lücke schon von Mommsen durch eine sehr ansprechende Combination ausgefüllt²⁾. Im stadtrömischen Kalendarium des Philocalus sind drei *adventus divi* verzeichnet, unter dem 29. October, 18. und 21. Juli. Der erste ist der Einzug Constantins nach der Schlacht an der Milvischen Brücke (S. 182); die anderen gehen beide dem Tage seiner

Mardiense ab utroque concurritur. Das Mardische Feld ist sonst gänzlich unbekannt; ob hier *Mardiense* in *Iarbiense* zu ändern ist oder im Itinerar *Iarba* in *Marda*, wagen wir nicht zu entscheiden. Die Corruptel der Tabula Peutingeriana: *Castra Rubra* scheint für das erstere zu sprechen. Doch wie dem immer sein mag, jedenfalls sehen sich die beiden Namen graphisch so ähnlich, dass man sie unbedenklich identificiren kann.

¹⁾ Anon. Vales. 5, 18: *Licinius et Valens credentes Constantinum, quod et verum erat, ad persequendum longius ad Byzantium (a Byzantio d. Handschr.) processurum, flexi in partem Beroeam concesserunt. ita Constantinus vehementer in ulteriora festinans deprehendit Licinium remansisse post tergum, fatigatis bello et itinere militibus.* Nach Petr. Patric. 13 hatte Licinius schon den Tross des Constantinischen Heeres plündern können. — ²⁾ CIL. I, S. 397.

315 Thronbesteigung (25. Juli) so nahe voraus, dass die Annahme nicht abzuweisen ist, er sei beide Mal eben deshalb nach Rom gekommen, um jenen Tag in der Reichshauptstadt festlich zu begehen. Dass er dort 326 seine Vicennalien feierte, nachdem er ein Jahr vorher dieselbe Feier schon in Nicomedia veranstaltet hatte, ist uns denn auch ausdrücklich überliefert¹⁾. Hierzu passen die folgenden Daten des Codex Theodosianus:

6. Juli 326 Mailand IX, 21, 3,
 25. Septbr. 326 Spoletium XVI, 5, 2,
 23. Octbr. 326 Mailand IV, 22, 1.

Das erste zeigt uns den Kaiser auf der Reise nach Rom, die beiden anderen auf der Rückkehr nach den Nordprovinzen. Aus ihnen ergibt sich mit einiger Wahrscheinlichkeit, dass der Einzug vom 21. Juli dem Jahre 326 angehört. Denn wäre der Kaiser schon am 18. in Rom angelangt, so müsste er von Mailand aus täglich im Durchschnitt 36 Milien zurückgelegt haben, eine Leistung, der sich nicht leicht jemand ohne die dringendste Nöthigung unterziehen wird.

Den dritten *adventus divi* hat Mommsen mit der Decennalienfeier vom Jahre 315 in Zusammenhang gebracht²⁾, und auch dazu passen die Daten der Gesetze, wie sie weiter unten in der Tabelle zusammengestellt sind. Ihm entspricht die *profectio divi* vom 27. September. Denn da Constantin im Jahre 312 Rom im Januar verlassen hat, 316 kaum vor Ende September dort angelangt sein kann und 326 schon am 25. September in Spoleto war, so lässt sich dies Datum auf kein anderes Jahr beziehen.

316 Im Jahre 316 eröffnete der Kaiser am 1. August das Concil von Arles³⁾. Dort seine schwangere Frau zurücklassend, die ihm ein halb Jahr später den Constantin gebar⁴⁾,

¹⁾ Eusebius-Hieronymus 2342: *Vicennalia Constantini Nicomediae acta et sequenti anno Romae edita*. Idat. fast. 326: *edidit vicennalia Constantinus Augustus Romae*. — ²⁾ Zur Feier seines Einzuges scheint der Constantinsbogen eingeweiht zu sein, dessen Inschrift neben dem Siege über Maxentius auch der Decennalien erwähnt. CIL. VI, 1139. — ³⁾ Zeitschr. f. Kirchengesch. X, S. 509 und 511. — ⁴⁾ Vict. epit. 41, 4: *item Constantinum iisdem diebus natum in oppido Arelatensi — Caesares effecit*. Vgl. Zosim. II, 20, 2. Seine Ernennung zum Caesar fand am 1. März 317 statt.

ging er wieder nach Rom, dann nach Mailand, wo er den 316
Donatistischen Streit endgiltig entschied¹⁾. In einem Briefe,
der das Datum des 10. November 316 trug, theilte er seinen
Urtheilsspruch dem Vicar von Afrika mit²⁾.

Als er ihn schrieb, wird er wahrscheinlich schon nach 317
Serdica unterwegs gewesen sein. Denn von dort aus führte
er die Unterhandlungen mit Licinius³⁾, welche am 1. März
317 in der Ernennung der Kaisersöhne zu Cäsares ihren Ab-
schluss fanden⁴⁾.

Dass Constantin den Winter 317/18 in Sirmium zubrachte, 318
im Sommer nach Mailand zog und im Herbst wieder nach
Sirmium zurückkehrte, ist schon an anderer Stelle (S. 29) dar-
gelegt worden.

Für die nächsten Jahre besitzen wir keine andere Ueber- 319
lieferung, als dass Constantin einmal daran gedacht habe, ^{bis} 321
Serdica zur Reichshauptstadt zu machen⁵⁾. Ob dies wahr ist,
mag man billig bezweifeln; jedenfalls aber hätte ein solches
Gerücht nicht entstehen können, wenn er dort nur hin und
wieder auf kurze Monate, wie in so vielen Städten seines
Reiches, nicht Jahre hindurch gewohnt hätte. Für eine solche
dauernde Residenz in Serdica lässt sich keine andere Zeit

¹⁾ August. epist. 43, 7, 20: *Iussit enim ille, ut ei partes ad agen-
dam causam Romam occurrerent, quo cum Caecilianus nescio qua causa
non occurrisset, interpellatus ab eis praecepit, ut Mediolanum seque-
rentur.* — ²⁾ Zeitschr. f. Kirchengesch. X, S. 522. — ³⁾ Anon. Vales.
5, 19: *deinde reversus Serdicam Constantinus hoc cum Licinio absente
constituit, ut filii Constantini Crispus et Constantinus, filius etiam Li-
cinni Licinius Caesares fierent.* — ⁴⁾ Idat. fast. 317: *his cons. levati
tres Caesares Crispus Licinius et Constantinus die kal. Mart.* Ebenso
Chron. Pasch. Das Jahr ist auch dadurch sichergestellt, dass die Cä-
sares im 15. Jahre Constantins (321) ihre Quinquennalien feierten (Paneg.
X, 2). Die Sonnenfinsterniss, welche nach Vict. Caes. 41, 6 *iisdem
mensibus* beobachtet wurde, dürfte wohl die vom 31. December 316 sein,
welche, wie mir Matzat auf meine Bitte berechnet hat, in Oberägypten,
wenn auch nur partiell, sichtbar war (vgl. Oppolzer, Canon der Finster-
nisse. Denkschr. der Wiener Acad. math.-naturwiss. Classe, Bd. 52, Tafel
73). Die Meldung des Prodigiums kann aus dem äussersten Süden des
Reiches in Serdica nicht sehr lange vor dem 1. März 317 eingetroffen
sein. — ⁵⁾ Müller, Frg. hist. Graec. IV, S. 199: *ὅτι Κωνσταντῖνος ἐβου-
λεύσατο πρῶτον ἐν Σαρδικῇ μεταγαγεῖν τὰ δημόσια, φιλῶν τε τὴν πόλιν
ἐκείνην συνεχῶς ἔλεγεν· „ἢ ἐμὴ Πῶμη Σαρδική ἐστιν“.*

320 ausfindig machen als die vom Winter 319/20 bis zum Frühling 321. Wenn der Kaiser, der bis dahin ewig auf Reisen gewesen war, über ein Jahr in derselben Stadt aushielt, so konnte dies wohl zu der Meinung verleiten, er wolle sie zu seiner Hauptstadt machen.

322 Wir wenden uns jetzt dem zweiten Kriege gegen Licinius
 bis
 324 und den ihm unmittelbar vorhergehenden Ereignissen zu. Die Geschichte derselben bietet eine ganze Reihe von Ortsdaten, doch ist ihre Zeitbestimmung controvers. Wir werden daher nach einer kurzen Aufzählung der überlieferten Thatsachen ihre Chronologie einer erneuten Prüfung unterziehen müssen.

Nach Zosimus (II, 21) zog Constantin persönlich gegen die Sarmaten zu Felde, welche in seinen Reichstheil eingefallen waren. Er traf auf den Feind, als dieser mit der Berennung einer römischen Stadt beschäftigt war, schlug ihn und trieb ihn über die Donau zurück. Was der flüchtige Compiler eine „Stadt“ nennt, kann nur das Grenzfort Campona, unterhalb Ofen, gewesen sein; denn hier wurde nach Porphyrius VI (XXII) 18 der Sieg über die Sarmaten gewonnen. Der Kaiser verfolgte sie auf ihr Gebiet, schlug sie hier noch einmal und kehrte dann, wie es scheint am Ausfluss der Morava¹⁾, wieder auf das römische Donauufer zurück. Dann zog er mit dem Haufen der Gefangenen stromabwärts nach Bononia (Widin) und leitete von hier aus ihre Vertheilung an die Städte des Römerreiches, auf deren Gebiet sie als leibeigene Bauern angesiedelt werden sollten²⁾. Nach Beendigung dieses

¹⁾ Porphy. VI (XXII) 22:

*Plurima conabor, Phoebeo carmine gaudens,
 Margensis memorare boni caelestia facta,
 Introitus et bella loqui perculsa ruinis,
 Quis devicta iacet gens duro Marte caduca.*

Seine wunderlichen Verskünsteleien zwingen dem Dichter eine Sprache auf, die kaum noch verständlich ist; doch wenn hier der Name der Festung Margus mit dem *introitus*, das heisst doch wohl dem Wiedereintritt in die Reichsgrenzen, in Verbindung erscheint, so lässt sich dies kaum anders interpretiren, als dass Constantin bei Margus über die Donau gegangen ist. — ²⁾ Porph. VI (XXII) 26:

*Testis magnorum vicina Bononia praescens
 Sit voti compos excisaque agmina cernens
 Det iuga captivis et ducat cetera praedas.*

Zos. II, 22: διανείμας δὲ τούτους (sc. τοὺς αἰχμαλώτους) ταῖς πόλεσιν ἐπὶ τὴν Θεσσαλονίκην ἐχώρει.

Geschäftes begab er sich nach Thessalonike, um die Flotten-³²²
 rüstung für den schon lange drohenden Krieg mit Licinius ^{bis} 324
 zu leiten. Hier erhielt er die Nachricht, dass die Gothen
 in die europäischen Provinzen von Licinius Reichstheil ein-
 gefallen seien. Er zog ihnen entgegen und zwang sie
 zum Frieden¹⁾. Doch diesen Eingriff in sein Machtgebiet
 betrachtete Licinius als eine Verletzung des Vertrages von 314.
 Es kam darüber zu gereizten Verhandlungen, die endlich zum
 Bürgerkriege führten. Am 3. Juli wurde Licinius bei Adria-
 nopel geschlagen²⁾, zog sich nach Byzanz zurück und musste
 hier eine Belagerung erdulden. Durch die Zerstörung seiner
 Flotte veranlasst, gab er die Vertheidigung auf, ging über
 den Bosphorus und erlitt endlich am 18. September bei Chal-
 cedon die Niederlage, welche über sein Schicksal entschied³⁾.

Als Licinius mit Constantin über dessen Grenzverletzung
 unterhandelte, führte er, wie eine sehr gute Quelle berichtet,
 bald eine bittende, bald eine übermüthige Sprache⁴⁾. Dies ist
 nur möglich, wenn mehr als eine Gesandtschaft zwischen den
 feindlichen Mitregenten hin- und herging. Danach dürften
 die Verhandlungen, welche den Krieg einleiteten, von nicht
 gar zu kurzer Dauer gewesen sein. In den schneebedeckten
 Gebirgen Thrakiens ist ein Feldzug vor dem März zum min-
 desten sehr schwierig; auch Constantin wird kaum früher
 gegen die plündernden Barbaren eingeschritten sein. Setzen
 wir also Gothen- und Bürgerkrieg in dasselbe Jahr, so könnten
 zwischen dem Beginn des ersteren und der Schlacht, welche
 in dem zweiten die glückliche Wendung herbeiführte (3. Juli),
 höchstens vier Monate liegen, was offenbar viel zu wenig ist.
 Danach ist anzunehmen, dass die beiden Kriege in zwei ver-

¹⁾ Anon. Val. 5, 21: *item cum Constantinus Thessalonicae esset, Gothi per neglectos limites eruperunt et vastata Thracia et Moesia praedas agere coeperunt. tunc Constantini terrore et impetu repressi captivos illi impetrata pace reddiderunt.* — ²⁾ Das Datum bei Idat. fast. 324; CIL. I, S. 346; Cod. Theod. VII, 20, 1. Im Chron. Pasch. 325 ist *πρὸ ἐ' καλανδῶν Ἰουλίω* wohl nur Schreiberversehen. — ³⁾ Das Datum bei Idat. l. l. und im Chron. Pasch. l. l. Im Kalender des Philocalus CIL. I, S. 350 ist der Tag durch die *ludi triumphales* bezeichnet. — ⁴⁾ Anon. Val. 5, 22: *deinde cum variasset inter supplicancia et superba mandata, iram Constantini merito excitavit.*

322 verschiedene aufeinanderfolgende Jahre fielen. Auch die Feld-
 bis 324 züge gegen die Sarmaten und gegen die Gothen lassen sich
 kaum in demselben Sommer unterbringen; doch ist es in
 diesem Falle nicht nöthig, dass die Jahre, denen sie ange-
 hörten, sich unmittelbar folgten. Zwar geht Constantin nach
 dem Sarmatenkriege nach Saloniki und von eben derselben
 Stadt zieht er gegen die Gothen aus; doch wäre es immerhin
 möglich, dass zwei Winterquartiere an demselben Ort zwischen
 die beiden Feldzüge einzuschieben sind.

Als Nazarius am 1. März 321 seinen Panegyrikus hielt,
 wusste er noch nichts vom Sarmatenkriege; als Constantin am
 20. Mai 325 das Concil von Nicäa eröffnete, war er bereits
 unbestritten Alleinherrscher des Römerreiches. Innerhalb dieser
 Grenzen bleiben für die Vertheilung der drei besprochenen
 Kriege nur folgende drei Möglichkeiten:

Sarmatenkrieg	321	oder 321	oder 322
Gothenkrieg	322	323	323
Bürgerkrieg	323	324	324

Um die Entscheidung zu treffen, werden wir von dem
 Bürgerkriege ausgehen müssen, weil über diesen die Zeugnisse
 am reichlichsten fließen.

Für das Jahr 324 sprechen:

1) Die Datirung der Idatianischen Fasten, welche in diesem
 Falle von entscheidender Bedeutung ist. Denn wenn Tille-
 mont dagegen anführt, dass Idatius sehr oft die Ereignisse
 unter falsche Jahre setze, so ist dies zwar richtig, gilt aber
 nur von denjenigen Theilen seiner Fasten, welche occidentali-
 schen Quellen entlehnt sind. Soweit er der Stadtchronik von
 Constantinopel folgt, was hier zweifellos der Fall ist, sind
 seine Datirungen durchaus zuverlässig¹⁾.

2) Das Chronicon Paschale erzählt die Besiegung des
 Licinius doppelt; einmal nach einer erweiterten und verschlech-
 terten Redaction derselben constantinopolitanischen Chronik
 unter dem Jahre 325, einmal aus anderer Quelle unter dem
 Jahre 324. Das erste ist sicher falsch, doch sind derartige

¹⁾ Vgl. Seeck, Studien zur Geschichte Diocletians und Constantins.
 II. Idatius und die Chronik von Constantinopel. Jahrb. f. class. Philol.
 1889.

Irrthümer in der Paschalchronik ebenso häufig, wie bei Idatius unerhört; immerhin ist es wahrscheinlicher, dass die Datirung sich um ein, als dass sie sich um zwei Jahre verschoben habe. Das zweite ist deswegen sehr zu beachten, weil uns hier ein Zeugniß vorliegt, das, wenn auch an sich schlecht genug, doch von Idatius und seiner Quelle ganz unabhängig ist und gleichwohl mit ihm übereinstimmt.

3) Aurelius Victor (Caes. 41, 15) sagt von Constantin: *anno imperii tricesimo secundo, cum totum orbem tredecim tenuisset, — excessit*. Rechnen wir die Alleinherrschaft Constantins vom 18. September 324, so hatte er sie bei seinem Tode (22. Mai 337) zwölf Jahre und acht Monate besessen.

4) In Bezug auf das Concil von Nicäa berichtet Socrates I, 8: *ἐπιτελέσας δὲ ὁ βασιλεὺς ἐπινίκιον κατὰ Δικιννίου ἑορτὴν ἀπῆντα καὶ αὐτὸς εἰς τὴν Νίκαιαν*. Die Interpretation Tillemonts, der diese Feier nicht auf den Sieg selbst, sondern auf einen späteren Jahrestag desselben beziehen will, ist zum mindesten gezwungen. Ueberdies fällt keine Schlacht in dem Kriege gegen Licinius vor den 3. Juli, während das Concil schon am 20. Mai 325 vom Kaiser in Person eröffnet wurde. Wenn dagegen der entscheidende Sieg am 18. September 324 erfochten wurde, so ist es sehr wohl möglich, dass die Siegesfeier erst im Frühling des folgenden Jahres stattfand. In den ersten Monaten nach der Eroberung seines neuen Reiches wird Constantin eben mehr zu thun gehabt haben, als Circusrennen und Gladiatorenspiele anzusehen.

Was Tillemont für das Jahr 323 anführt, stützt sich ganz vorzugsweise auf Gesetze des Codex Theodosianus, kommt also für uns schon deshalb nicht in Betracht, weil die Chronologie derselben ja das Ziel unserer Untersuchung ist und folglich nicht ihre Grundlage bilden kann. Doch da wir schon jetzt in der Lage sind, seine Gründe zu widerlegen, mögen sie immerhin angeführt werden.

1) Ein Gesetz, dessen Unterschrift das Datum des 24. April 324 aufweist, ist überschrieben (XI, 16, 3): *Idem Augustus* (scil. *Constantinus*) *ad edictum Chalcedoniensium et Macedoniensium*. Was dies bedeutet, ist mir nicht recht klar, doch der Name der Stadt Chalcedon macht es wahrscheinlich, dass der Kaiser, von welchem die Verfügung ausging, über den Orient

322 gebot. Im Frühling 324 that dies Constantin nach unserer
 324^{bin} Chronologie zwar noch nicht; aber selbst wenn das Datum
 des Gesetzes richtig wäre, was wir nicht glauben, könnte es
 doch von Licinius herrühren (s. S. 180), würde also weder für
 noch gegen uns irgend etwas beweisen.

2) Cod. Theod. XV 14, 1: *Remotis Licinii tyranni constitutionibus et legibus, omnes sciant, veteris iuris et statutorum nostrorum observari debere sanctionem. Proposita XVII kal. Iun. Crispo III et Constantino III Caess. coss. (324).* Eine solche Bestimmung kann natürlich erst nach dem Siege über Licinius getroffen sein, doch liegt es in der Natur der Sache, dass sie der Entscheidungsschlacht sehr bald gefolgt sein muss. Wäre aber diese, wie Tillemont will, schon am 18. September 323 geschlagen worden, so würde ihr jenes Gesetz um beinahe acht Monate nachhinken, was doch wohl kaum denkbar ist. In der Datirung muss also ein Fehler stecken. Schreibt man *Ian.* statt *Iun.*, so ist jede Schwierigkeit beseitigt, doch wird dieses Gesetz dann zu einer Stütze unserer Ansicht. Wenn Constantin einem Missbrauch desselben am 12. Febr. 325 entgegentritt (Cod. Th. XV 14, 2), so passt dies ganz vortrefflich zu dem von uns hergestellten Propositum des 16. Dec. 324, welches auf ein Datum des October oder November führt.

3) Aurelius Victor schreibt (XLI, 7), nachdem er die Ernennung der Cäsares (1. März 317) berichtet hat: *itaque sexennio post rupta pace apud Thracas Licinius pulsus Chalcidona concessit.* Es fragt sich, was hier unter der *pax rupta* zu verstehen ist. Meint Victor damit den Ausbruch des offenen Krieges, so spricht sein Zeugniß allerdings für Tillemont, nur dass es gegen all die oben angeführten Stellen nicht sehr in Betracht käme. Doch ist es sehr wohl möglich, dass er schon in der Grenzverletzung Constantins den Bruch des Friedens gesehen hat; ein Bruch des Friedensvertrages von 314, durch welchen die Machtsphären der beiden Herrscher streng gegeneinander abgegrenzt wurden, war sie ja ganz zweifellos. Nehmen wir diese Interpretation an — und das Recht dazu kann uns nicht abgesprochen werden —, so kommen wir schon mit dem Gothenkriege auf 323, was unserer Ansicht vollkommen entspricht.

4) Die Epitome Victors berechnet die Regierung des Licinius auf vierzehn Jahre¹⁾, aber dies passt ebenso wenig zur Chronologie von Tillemont, wie zu der meinen. Denn setzt man seinen Regierungsantritt auf 307, wie Tillemont thut, so gelangt man mit seinem Sturz auf 321, setzt man jenen auf 308, wie ich es für richtig halte, so führt dies auf 322; unter keinen Umständen gewinnt man also ein mögliches Jahr. Mit hin ist die Zahl zweifellos falsch, ob durch Schuld des Autors oder seiner Copisten mag dahingestellt bleiben²⁾.

5) Als Constantin im Osten Herr war, schickte er den Bischof Hosius von Corduba nach Alexandrien, um dort zwischen den Wortführern des arianischen Streites eine Versöhnung anzubahnen. Erst nachdem diese Mission sich als vergeblich erwiesen hatte, soll dann der Kaiser der gewöhnlichen Meinung zufolge die Kirchenversammlung von Nicäa berufen haben. Mit Recht hat man hervorgehoben, dass für die Hin- und Rückreise des Hosius, seine Verhandlungen mit den streitenden Parteien, das Ausschreiben des Concils und die Versammlung der Bischöfe die Zeit vom 18. September 324 bis zum 20. Mai 325 eine gar zu kurze ist. Aber selbst wenn der Vermittlungsversuch des spanischen Bischofs gelang, war damit das Concil noch keineswegs überflüssig gemacht. Es sollte ja auch die Osterfrage entscheiden, welche dem praktischen Sinn des Kaisers vielleicht wichtiger erschien, als der rein dogmatische Streit über das Verhältniss von Vater und Sohn; und auch für diesen selbst musste es von Bedeutung sein, wenn die Formel, auf welche die Parteien sich zu einigen vermochten, in feierlicher Bischofsversammlung anerkannt wurde. Ich halte es daher für sehr wahrscheinlich, dass Constantin nicht erst nach der Rückkehr des Hosius, sondern vielleicht schon vor seiner Abreise das Concil ausgeschrieben hat und dass die Sendung des Vermittlers nur den Zweck hatte, die bevorstehenden Verhandlungen glatter und einfacher zu gestalten. Dies vorausgesetzt ist die Zeit von acht Monaten vollkommen ausreichend, umsomehr als in der Rede, mit welcher Constantin nach Eusebius das Concil eröffnete, aus-

¹⁾ XLI, 8: *hic Licinius annum dominationis fere post quartum decimum, vitae proxime sexagesimum occidit.* — ²⁾ Vielleicht ist für XIU zu schreiben XUI, was sehr gut passen würde.

³²² drücklich gesagt ist, dass er die Berufung desselben in Eile
^{bis}
³²⁴ betrieben habe¹⁾. Auch dass der Occident bei einer Versammlung, welche doch ökumenisch sein sollte, so sehr spärlich vertreten war, deutet darauf hin, dass den Bischöfen entlegener Provinzen zur Reise nach Nicäa nicht die genügende Zeit blieb²⁾.

Wie man sieht, sprechen alle Gründe dafür, den Sturz des Licinius in das Jahr 324 zu setzen, und damit ist auch über den Gotheneinfall entschieden. Gothofredus hatte vollkommen Recht, wenn er das Gesetz vom 28. April 323, durch welches jede Unterstützung der Barbaren bei ihren Plünderungen mit dem Feuertode bedroht wird (VII, 1, 1 + 12, 1), mit jenem Raubzuge in Zusammenhang brachte. Zweifelhaft bleibt also nur noch, ob der Sarmatenkrieg 321 oder 322 fiel, und hier bietet der Codex Theodosianus die Entscheidung.

Die erste grosse Niederlage erlitten die Sarmaten bei Campona im Norden von Niederpannonien und am 26. Juli 322 finden wir Constantin in Savaria (Stein am Anger) im Norden von Oberpannonien. Dorthin war er wahrscheinlich gegangen, um die Truppen von Wien bis Brigetio zum Schutze der Nachbarprovinz zusammenzuziehen. Jedenfalls muss es etwas sehr Dringendes gewesen sein, was ihn dahin geführt hatte, denn noch am 20. Juli war er in Sirmium; er hat also einen Weg von mehr als 250 Milien in noch nicht sieben Tagen zurückgelegt. Die nächsten Aufenthaltsorte des Kaisers, welche der Codex Theodosianus nach Savaria nennt, sind Serdica am 18. December 322 und Thessalonika am 15. Februar

¹⁾ Vit. Const. III, 12, 3: *ἐπειδὴ δὲ τὴν ὑμετέραν διάστασιν παρ' ἐλπίδα πᾶσαν ἐπυθόμην, οὐκ ἐν δευτέρῳ τὴν ἀκοὴν ἐθέμην, τυχεῖν δὲ καὶ τοῦτο θεραπείας δι' ἐμῆς εὐξάμενος ὑπηρεσίας, τοὺς πάντας ἀμελλητὶ συμμετεστειλάμην.* — ²⁾ Von den occidentalischen Bischöfen, welche man bei Hefele, Conciliengeschichte I², S. 292 aufgezählt findet, war Hosius von Corduba schon vorher im Gefolge des Kaisers gewesen. Dass auch Caecilian von Karthago nur zufällig anwesend war, ist deshalb sehr wahrscheinlich, weil sein Streit mit den Donatisten ihn zu ununterbrochenen Verhandlungen mit dem Hofe zwang. Marcus von Calabrien, Nicasius von Dijon und die beiden römischen Presbyter mochten gleichfalls irgend welche Geschäfte beim Kaiser haben. Die Diöcese des Domnus von Stridon endlich war von Nicäa nicht weiter entfernt als Alexandrien oder Cäsarea.

323; und wie wir S. 188 gesehen haben, ging Constantin nach 322 Beendigung des Sarmatenfeldzuges zuerst nach Bononia, dann ^{bis} 324 nach Thessalonika, zwischen denen Serdica ungefähr in der Mitte liegt. Alles dieses passt so vortrefflich zu einander, dass dadurch die Datirung des Krieges auf das Jahr 322 vollkommen sicher gestellt wird.

Nach der Niederlage vom 18. September 324 floh Lici-
nius nach Nicomedia; Constantin folgte ihm und nahm dort
seine Uebergabe entgegen¹⁾. Hier ertheilte er auch den Vete-
ranen, welche ihm den Sieg hatten gewinnen helfen, den Ab-
schied²⁾. Am 20. Mai 325 eröffnete er in dem benachbarten 325
Nicäa das erste ökumenische Concil³⁾ und wohnte den Sitzun-
gen desselben mindestens so lange bei, bis am 19. Juni der
Streit über das Verhältniss von Gott Vater und Gott Sohn
durch die Annahme der bekannten Glaubensformel entschieden
war⁴⁾. Dann kehrte er nach Nicomedia zurück, um dort am
25. Juli die Feier seiner Vicennalien zu begehen (S. 186).

Im folgenden Jahre ging er nach Rom, traf dort am 326
21. Juli ein und wiederholte am 25. die Festlichkeiten in der
Reichshauptstadt, mit welchen er ein Jahr vorher die Bevöl-
kerung Bithyniens ergötzt hatte (S. 186).

327 wurde das bithynische Drepanum neu gegründet und 327
nach Constantins Mutter zu Helenopolis umbenannt⁵⁾. Dass der
Kaiser diesem feierlichen Akte persönlich beiwohnte, ist an
sich wahrscheinlich und wird durch die Daten der Gesetze,
welche ihn uns vom Sommer 327 bis zum Frühling 328 in
den Umgebungen des Marmorameeres zeigen, zur Gewissheit
erhoben.

Für die beiden folgenden Jahre versagt die Ueberlieferung. 328
Dürfen wir den Daten des Codex trauen, so war Constantin ^{und} 329
im Sommer 328 an der unteren Donau, im Winter in Trier,

¹⁾ Zosim. II, 26, 3; 28, 1. — ²⁾ C. Th. VII, 20, 1: *veteranis, qui ex die V non. Iul., cum prima per Thraciam victoria universo orbi illuxit, et qui postea apud Nicomediam nostram missionem meruerunt* etc. — ³⁾ Socr. I, 13: *καὶ ὁ χρόνος δὲ τῆς συνόδου, ὡς ἐν παρασημειώσεσιν εὐρομεν, ὑπατείας Παυλίνου καὶ Ἰουλιανοῦ, τῇ εἰκάδι τοῦ Μαίου μηνός.* — ⁴⁾ Das Datum findet sich in den Akten des Concils von Chalkedon (Mansi, concil. coll. VI, S. 956) und Chron. Pasch. 325. Vgl. Zeitschr. f. Kirchengesch. X, S. 525. — ⁵⁾ Chron. Pasch. 327. Hieron. 2343.

328 von wo er im Frühling 329 nach Sirmium zurückgekehrt war.
 und
 329 Hiernach scheint es, als wenn der Kaiser die zusammenhängende Festungslinie, welche sich die Donau aufwärts und dann den Rhein abwärts hinzog, einer umfassenden Inspection unterzogen habe. Die Schnelligkeit der Reise fände in den Bequemlichkeiten, welche der Wasserweg auf den beiden grossen Strömen darbot, eine passende Erklärung.

330 Am 11. Mai 330 wurde Constantinopel eingeweiht, wobei sein Gründer natürlich anwesend war ¹⁾.

Das Gründungsdatum Constantinopels haben wir unter den Zeugnissen für die Aufenthaltsorte des Kaisers absichtlich nicht mit angeführt. Tillemont hat sehr ausführlich darüber gehandelt und sich schliesslich zweifelnd für den 26. November 329 entschieden. Doch wer die von ihm gesammelten Stellen prüft und nicht nur die Zahl, sondern auch den Werth der Zeugnisse erwägt, der wird, scheint mir, zu dem Resultate kommen, dass es einen officiell anerkannten Gründungstag der neuen Hauptstadt überhaupt nicht gegeben hat. Das erste Wort in dieser Frage gebührt unstreitig der Stadtchronik von Constantinopel, und von dieser steht es fest, dass sie nur von der Dedication, nicht von der Gründung ihrer Heimathstadt zu berichten wusste ²⁾. Themistius und Julian haben beide in Constantinopel gelebt und das zwar zu einer Zeit, wo die Stadt erst wenige Jahre alt war und folglich jeder Gebildete in ihren Mauern über Zeit und Umstände ihrer Gründung ganz genau unterrichtet sein musste; trotzdem setzen beide

¹⁾ Das Datum findet sich bei Idat. fast., Chron. Pasch., Hesych. bei Müller frg. hist. Graec. IV, S. 154, Malal. XIII, S. 8, Cedren. S. 284 A. — ²⁾ Von den Quellen, welche aus der Constantinopolitanschen Chronik schöpften, berichten die Dedication Hieronymus, Idatius und das Chronikon Paschale, die beiden letzteren mit dem Tagdatum. Einen Gründungstag nennt keine, obgleich es gerade zu den Eigenthümlichkeiten dieser Chronik gehörte, die allermeisten Ereignisse mit dem Monatstage zu versehen; als Gründungsjahr ist im Chronikon Paschale 328, im Barbarus Scaligeri (S. 58a) 318 genannt, doch schon die Differenz in der Datirung zeigt, dass diese Notizen nicht auf die beiden gemeinsame Quelle zurückgehen; auch ist ihre ganze Formulirung der Art, wie sie sonst nie in der Chronik von Constantinopel vorkommt. Offenbar gehören diese beiden Stellen zu den Zusätzen aus anderer und schlechterer Quelle, an denen gerade der Barbarus und das Paschale so überaus reich sind.

sie verschieden an. Themistius (S. 58 b) sagt darüber in seiner 330 Rede an Constantius: βασιλεῖ δὲ εἰκότως συναυξάνεται πόλις ἢ τῆς βασιλείας ἡλικιωτίς. πυνθάνομαι γὰρ ὡς καὶ ἡμφίασεν ὁμοῦ ὁ γεννήτωρ τό τε ἄστυ τῷ κύκλῳ καὶ τὸν νῆα τῇ ἀλονργίδι. Constantius empfing den Purpur am 8. November 324 unmittelbar nach der Besiegung des Licinius; in diese Zeit fällt also nach Themistius der Mauernbau der neuen Hauptstadt. Falsch kann diese Datirung nicht sein, dafür bürgt die Autorität, auf der sie beruht; auch erklärt sie sich leicht genug. Wenige Monate vorher hatte Constantin Byzanz belagert und dabei seine Mauern höchst wahrscheinlich übel zugerichtet. Dass er sie neu baute, sobald die Stadt aus einer feindlichen zu einem Bestandtheil seines eigenen Reiches geworden war, liegt in der Natur der Sache; er braucht darum zu jener Zeit noch gar nicht die Absicht gehabt zu haben, sie nach sich umzubenennen und zur Hauptstadt des Ostens zu machen. Julian setzt den Beginn ihrer Erbauung 327¹⁾; in diesem Jahre ist nach Cod. Theod. II 24, 2 Constantin im Sommer in Byzanz gewesen und mag bei dieser Gelegenheit wohl auch Anordnungen für die Erneuerung der Stadt getroffen haben. In gewissem Sinne richtig sind also beide Daten; wenn aber so gut unterrichtete Leute so verschiedener Ansicht darüber sein konnten, was als die eigentliche Gründung Constantinopels zu betrachten sei, so folgt daraus mit voller Sicherheit, dass ein feierlicher Gründungsakt, der jede Zweideutigkeit ausschliessen musste, überhaupt nicht stattgefunden hat, sondern dass die Dedication vom 11. Mai 330 ihn ersetzte. Dieser Tag ist denn auch immer als *natalis urbis* gefeiert worden²⁾, d. h. er bedeutete für Constantinopel dasselbe, was für Rom der 21. April, an dem Romulus mit der Pflugschar den Mauerlauf der Stadt vorgezeichnet haben sollte. Was Philostorgius oder gar die späteren Byzantiner fabeln, kann dem gegenüber nicht in Betracht kommen.

¹⁾ Or. I, S. 8 B: πόλιν τε ἐπώνυμον αὐτοῦ κατέστησεν ἐν οὐδὲ ὅλοις ἔτεσι δέκα. Als Endpunkt der Bauthätigkeit Constantins wird hier offenbar sein Tod (22. Mai 337) betrachtet. — ²⁾ Malal. XIII, p. 5 C: καὶ ἐπιτέλεισεν ἑορτὴν μεγάλην μηνὶ Ματίῳ τῷ καὶ Ἀρτεμισίῳ ια' — κτελεύσας διὰ θείου αὐτοῦ τύπου τῇ αὐτῇ ἡμέρᾳ ἐπιτελεῖσθαι τὴν ἑορτὴν τοῦ γενεθλίου τῆς πόλεως αὐτοῦ.

- 331 Dass Constantin nach der Einweihung seiner Hauptstadt sich dort noch eine Zeitlang aufgehalten hat, ist an sich wahrscheinlich und wird durch die Daten der Gesetze bestätigt. Ein Erlass, der nicht durch den Codex, sondern auf Stein überliefert ist¹⁾, zeigt ihn uns noch am 30. Juni 331 in Constantinopel. Bald darauf hat er die Stadt verlassen, denn ein Gesetz, das am 1. August 331 gegeben war, ist erst am 1. September dort zur Publication gelangt. Als Athanasius Ende 331 vor dem Kaiser erschien, um sich gegen die Anschuldigungen seiner Feinde zu rechtfertigen²⁾, fand er ihn in Psammathia, einer Vorstadt Nicomedias³⁾.
- 332 Im Jahre 332 überschritt ein römisches Heer die Donau und gewann am 20. April einen Sieg über die Gothen⁴⁾. Der Führer in diesem Kriege war der junge Cäsar Constantin⁵⁾, doch auch sein Vater beobachtete die Operationen aus nächster Nähe und hielt wahrscheinlich die Reserven bereit. Denn nach Cod. Theod. III, 5, 4 + 5 befand er sich am 12. April in Marcianopel, nur drei bis vier Tagemärsche von der unteren Donau entfernt.
- 333 Am 25. December 333 ernannte Constantin seinen jüngsten Sohn zum Cäsar⁶⁾. Es ist nicht gewiss, aber doch sehr wahrscheinlich, dass dieser feierliche Akt in der Hauptstadt des Ostens vollzogen wurde.
- 334 334 wurde ein Theil der Sarmaten durch innere Kämpfe über die römischen Grenzen gedrängt⁷⁾. Wie sich aus den Daten des Codex ergibt, hat die Gefahr, welche dadurch dem Reiche drohte, den Kaiser wieder an die Donau gerufen.
- 335 335 feierte der Kaiser am 25. Juli seine Tricennalien in

¹⁾ Hermes XXII, S. 318. — ²⁾ Larsow, Die Festbriefe des heiligen Athanasius, Leipzig und Göttingen 1852, S. 77 und 80. — ³⁾ Athan. apol. 60, p. 141; Socrat. I, 27. — ⁴⁾ Idat. fast. 332: *his cons. victi Gothi ab exercitu Romano in terris Sarmatarum die XII kal. Mai.* Hieron. 2348: *Romani Gothos in Sarmatarum regione vicerunt.* — ⁵⁾ Anon. Vales. 6, 31; Iulian. Or. I, S. 9D. — ⁶⁾ Idat. fast. 333: *his cons. levatus est Constans die VIII kal. Ianuar.* — ⁷⁾ Idat. fast. 334: *his cons. Sarmatae servi universa gens dominos suos in Romaniam expulerunt.* Hieron. 2350: *Sarmatae Limigantes dominos suos, qui nunc Ardaragantes vocantur, facta manu in Romanum solum expulerunt.* Vgl. Anon. Vales. 6, 32.

Constantinopel¹⁾. Ebendasselbst ertheilte er am 7. November 335 dem Athanasius Audienz²⁾.

336 wurde mit grossem Gepränge die Hochzeit des Constantius gefeiert³⁾, jedenfalls in der neuen Hauptstadt. Constantin machte dabei selbst den Brautführer seines Sohnes⁴⁾.

Am 3. April 337 feierte der Kaiser noch das Osterfest in Constantinopel⁵⁾. Von Krankheit heimgesucht, ging er von dort in einen nahen Badeort, dann nach Helenopolis⁶⁾; endlich nach Ancyro, einem Vororte von Nicomedia, wo er am 22. Mai starb⁷⁾.

Dieses Ortsverzeichniss hat die Grundlage für die chronologische Bestimmung der Gesetze gebildet. Daneben sind natürlich auch die Adressaten berücksichtigt worden; doch was über diese zu sagen war, hat in der Tabelle selbst Platz gefunden, braucht also hier nicht wiederholt zu werden. An dieser Stelle sei daher nur auf einen merkwürdigen Umstand hingewiesen. Bekanntlich finden sich unter den Adressaten des Codex keine anderen Beamten so häufig wie die Praefecti Praetorio. Dies gilt auch für die Zeit Constantins des Grossen, aber erst seit dem 1. December 318; vorher ist kein einziges gut beglaubigtes Gesetz nachweisbar, dessen Ueberschrift das bekannte *pp.* zeigte. Dies befriedigend zu erklären, bin ich einstweilen noch ausser Stande, doch liegt es nahe, es mit der Reorganisation der Praefectura in Zusammenhang zu bringen, von welcher uns Zosimus (II, 33) erzählt, und folglich diese in das Jahr 318 zu setzen.

Auch was über den Inhalt der Gesetze als Mittel der Zeitbestimmung zu sagen wäre, ist meist so selbstverständlich,

¹⁾ Chron. Pasch. 335: *Κωνσταντίνου τοῦ εὐσεβοῦς ἔχθη τριακονταετηρίς ἐν Κωνσταντινουπόλει Ῥώμῃ πάντῃ φιλοτίμως πρὸς τὰς καλανδῶν Ἀγούστων.* Vgl. Euseb. vit. Const. I, 1. — ²⁾ Larsow, Die Festbriefe des heiligen Athanasius S. 28. — ³⁾ Euseb. vit. Const. IV, 49: *ἐπειδὴ δὲ καὶ ὁ τριακοντέτης αὐτοῦ τῆς βασιλείας διεπεραίνεται χρόνος, τῷ δευτέρῳ τῶν παίδων συνετέλει γάμους.* — ⁴⁾ Euseb. l. l.: *νυμφοστολοῦντος αὐτοῦ βασιλέως τὸν παῖδα.* — ⁵⁾ Euseb. vit. Const. IV, 57; 60. — ⁶⁾ Euseb. IV, 61; Socrat. I, 39. — ⁷⁾ Der Ort bei Euseb. l. l., Socrat. l. l., Hieron. 2353, Aur. Vict. Caes. 41, 15, Eutrop. X, 8, 2, Nestorianus bei Malal. XIII, p. 6 C. Das Datum bei Euseb. IV, 64, Idat. fast. 337, Chron. Pasch. 337, Socrat. I, 40, Larsow, Die Festbriefe des heiligen Athanasius S. 29.

dass wir nicht dabei zu verweilen brauchen. Nur die eine Frage erheischt eine principielle Erörterung, wie weit wir berechtigt sind, Gesetze gleichen Inhalts derselben Zeit zuzuweisen.

Die meisten Erlasse sind uns nur unter einer Adresse überliefert, doch ist es trotzdem unzweifelhaft, dass nur sehr wenige an einen einzigen Beamten gerichtet sein können. Erliess der Kaiser eine Verfügung, welche die Localverhältnisse Afrikas regelte, so genügte es allerdings, wenn sie dem Proconsul von Afrika allein mitgetheilt wurde; doch ein allgemeines Reichsgesetz ausschliesslich einem Magistrat zu übersenden, welcher nicht einmal die Befugniss besass, es ausserhalb der Grenzen seiner Provinz auch nur publiciren zu lassen, wäre der Gipfel der Thorheit gewesen. Nennt also die Ueberschrift eines solchen Gesetzes den Proconsul Africae, so werden wir ohne weiteres annehmen dürfen, dass es an alle Provincialstatthalter versandt und uns nur deshalb unter jener beschränkten Adresse überliefert ist, weil das Exemplar, welches die Compileroren auszogen, zufällig den afrikanischen Archiven entnommen war. Entsprechendes gilt natürlich auch für die anderen Beamten, ja unter den Gesetzen des Codex dürfte sich nur eine verschwindend kleine Zahl finden, bei der die Annahme gestattet wäre, sie seien nicht an verschiedene Adressaten in mehreren Ausfertigungen überschickt worden. Ganz gleichzeitig werden dieselben zwar kaum gewesen sein. Wenn man mit jedem Erlass, der von den kaiserlichen Canzleien ausging, die Couriere alsbald durch alle Provinzen des Reiches hätte reisen lassen, so hätten bei der ungeheuren legislativen Thätigkeit dieser Zeit in kurzem weder das Botenpersonal noch die Postpferde ausgereicht. Man wartete also die Gelegenheiten ab, und dasjenige Exemplar eines Gesetzes, welches an den Proconsul von Afrika abging, konnte daher ein paar Tage oder Wochen früher oder später vom Kaiser unterschrieben sein als dasjenige, welches der Comes Orientis empfangen sollte. Daraus folgt, dass dasselbe Gesetz in verschiedenen Provinzen nicht nur verschiedene Proposita, sondern auch verschiedene Data tragen konnte (vgl. S. 18). Trotzdem lassen sich diese mehrfachen Ausfertigungen noch immer insofern als gleichzeitig bezeichnen, als die Differenz immer

nur wenige Tage betrug, also historisch nicht in Betracht kommt.

Neben dieser Art, die Gesetze zu wiederholen, steht aber noch eine zweite. Von den römischen Magistraten, welche immer nur kurze Zeit im Amte waren, um dann wieder ins Privatleben zurückzukehren, konnte eine vollständige Gesetzeskenntniss weder verlangt noch erwartet werden. Hier und da mochten die Subalternen nachhelfen, welche zwar nicht lebenslänglich, aber doch auf längere Zeiträume angestellt und daher ihren Vorgesetzten an Geschäftserfahrung sehr überlegen waren; doch gar zu weit wird deren Jurisprudenz auch nicht gereicht haben. So kam es, dass der Kaiser mitunter in Fragen consultirt wurde, welche längst durch die Gesetzgebung entschieden waren, und dann natürlich nicht besser antworten konnte, als indem er das früher erlassene Gesetz an die Adresse des anfragenden Beamten wiederholte¹⁾. Dabei wurde wohl meist der alte Text einfach copirt²⁾, doch nicht selten brachte man auch den Inhalt in eine neue Form, wobei man ihn wohl durch Zusätze und Ergänzungen vervollständigte³⁾. Begegnet uns also dasselbe mehrmals unter verschiedener Adresse, so ist zweierlei möglich: entweder das Gesetz ist gleichzeitig an

¹⁾ Sirm. 1: *Satis mirati sumus, gravitatem tuam, quae plena iustitiae ac probae religionis est, clementiam nostram sciscitari voluisse, quid de sententiis episcoporum vel ante moderatio nostra censuerit vel nunc servari cupiamus, Ablabi parens carissime atque amantissime. itaque quia a nobis instrui voluisti, olim promulgatae legis ordinem salubri rursus imperio propagamus. sanximus namque, sicut edicti nostri forma declarat etc.* Der Text ist mit Hilfe von Schulte, *Constitutio Constantini ad Ablabium* (Festschrift zur Feier des 22. December 1888. Bonn 1888) hergestellt. —

²⁾ Vat. 37: *[Data] IV id. Nov. Treviris, accepta [Valentiniano] nobilissimo puero et Victore cons. (369) [et iterum data ad consularum provinciae Lugdunensis primae Modesto et Hafrintheo cons.] (372).* Ein Beispiel aus der Zeit Constantins findet man in der Tabelle unter dem 4. Febr. 337. — ³⁾ Sirm. 4: *iamdudum quidem constitutionis nostrae saluberrima sanctio promulgata est, quam nunc repititae legis veneratione geminamus. VIII, 1, 4: vorax et fraudulentum numerariorum propositum — ita inhibendum est, ut et antea sancivimus et nunc itidem sancimus etc. XI, 39, 3: iuris iurandi religione testes, priusquam perhibeant testimonium, iamdudum artari praecepimus et ut honestioribus potius fides testibus habeatur. simili more sanximus etc. Vgl. Ann. 1.*

mehrere Beamte versandt oder es ist nach einiger Zeit zum zweiten Mal erlassen worden; aber die erstere Annahme ist in jedem Einzelfalle sehr viel wahrscheinlicher. Denn die gleichzeitige mehrfache Ausfertigung ist Regel, die spätere Wiederholung Ausnahme; bei seinem ersten Erlass muss das Gesetz in sehr zahlreichen Archiven niedergelegt sein, bei dem zweiten nur in demjenigen des einen Beamten, von welchem die Consultation ausgegangen war. Der Zufall müsste also höchst sonderbar gespielt haben, wenn sich nicht viel mehr Exemplare der ersten Ausfertigungen, als der späteren Erneuerungen in den Händen der Compileren angesammelt hätten. Finden wir daher dasselbe Gesetz mehrfach im Codex wiederholt, so werden wir immer zunächst die Präsump tion machen müssen, dass die Erlasse gleichzeitig sind, natürlich in dem beschränkten Sinne, der oben angegeben ist.

Doch dies sind theoretische Auseinandersetzungen, deren Giltigkeit sich erst in der Praxis zu zeigen hat. Prüfen wir also einige Beispiele, wie sich an ihnen das Princip bewährt. XI 36, 2: *Ad Volusianum pu. Qui a praeiudicio appellaverit vel ab executoribus rerum antea statutarum atque alterius auditorii praepropere iudicia poposcerit, triginta follium poena multetur, ita ut omnem causam ipse sine dilatione discingas etc. pp. V kal. Mart. Romae, Constantino A. IV et Licinio IV conss. (315).* XI 36, 3: *Ad Aelianum proconsulem Africae. Cum antehac lege de appellationibus data (gemeint ist XI 36, 1) statutum sit, ne quis a praeiudicio vel ab executione interponeret provocationem, — tamen nunc poenam addi placuit. — si quis igitur tali usus appellatione fuerit in tuo iudicio deprehensus, ipsum quidem triginta follium poena multes, causam autem universam — sine ulla dilatione discingas etc. pp. VI kal. Mai. Karthagine, Constantino A. VII et Constantio C. conss. (326).* Diese beiden Gesetze bestimmen ganz dasselbe, liegen aber nichtsdestoweniger eilf, oder wenn wir mit Gothofredus *Constantino A. VI et Constantio C. conss. (320)* schreiben, fünf Jahre auseinander. Nun ist es aber gerade in dem zweiten Fragment ausdrücklich gesagt, dass die Strafe von 30 Folles ein Novum sei, das erst eben eingeführt werde (*tamen nunc poenam addi placuit*); es muss also nothwendig entweder früher sein als das vorhergehende oder gleichzeitig.

Der Adressat Aelianus ist sonst als Proconsul von Afrika vom 1. October 313 bis zum 25. Februar 315 nachweisbar; sein Nachfolger erscheint am 25. August 315. Er ist also wirklich zugleich mit Volusianus im Amte gewesen, der nach dem Chronographen vom 8. December 313 bis zum 20. August 315 die Stadtpräfectur verwaltete. Ferner stimmen die Tage der beiden Proposita miteinander; denn dass ein Gesetz in Karthago zwei Monate später als in Rom zur Publication gelangt, entspricht vollkommen der Lage der beiden Städte. Fügen wir endlich noch hinzu, dass beide Jahresbenennungen Kaiserconsulate sind, also beliebig mit einander vertauscht werden können (S. 35), so dürfte der Beweis der Gleichzeitigkeit wohl geführt sein.

Dem aufmerksamen Leser wird es auffallen, dass die beiden Gesetze zwar inhaltlich übereinstimmen, aber ihr Wortlaut nur wenige, kaum bemerkbare Berührungspunkte zeigt. Sie sind also an die beiden Beamten nicht gleichlautend (*eodem exemplo*) erlassen worden, sondern die kaiserliche Kanzlei hat sich die Mühe gemacht, den gleichen Inhalt für jeden Adressaten in eine andere Form zu giessen. Dies erscheint uns sonderbar, entspricht aber ganz dem Geiste der Constantinischen Zeit. Damals war die römische Literatur aus dem Schläfe des dritten Jahrhunderts eben wieder zu neuem Leben erwacht, und alles bis zum Kaiser hinauf folgte ihrer Entwicklung mit regem Interesse und suchte sein Theil zu derselben beizutragen¹⁾. Die Gesetze trugen die Form des Briefes oder der Rede, also zweier Kunstformen, deren Pflege jener Zeit ganz besonders am Herzen lag, und dass man bemüht war, sie künstlerisch zu gestalten, zeigt jeder Blick in den Codex. Denn was uns darin als Schwulst, Ziererei und Unklarheit erscheint, ist eben nichts anderes als die Stilblüthen, zu welchen jenes Streben nach Schönheit führte. Zu Leitern der kaiserlichen Kanzleien wurden daher auch meist Leute von literarischem Rufe, wie Eumenius, Eutrop, Ausonius, Flavianus, ernannt, und das höchste Lob, welches man ihrer

¹⁾ Vgl. meine Recension von Peipers Ausonius. Gött. gel. Anzeigen 1887, Nr. 13, S. 502 ff., wo das litterarische Treiben des vierten Jahrhunderts ausführlicher charakterisirt ist.

Amtsführung zu spenden pflegte, ist das der Beredsamkeit ¹⁾. Um dies zu verdienen, haben sich einige derselben das stilistische Kunststück geleistet, die Gesetze für jeden Adressaten, dem sie überschickt wurden, in andere Worte zu kleiden. Mühsam genug wird dies gewesen sein und die Klarheit gewann sicher nicht dabei, doch die kaiserliche Kanzlei zeigte sich des neuen augusteischen Zeitalters würdig und stellte sich nicht das Armuthszeugniss aus, gleichlautende Briefe an mehrere Personen zu schreiben.

Ein zweites Beispiel bieten folgende drei Fragmente:

XVI 2, 1: *Imp. Constantinus A. Haereticorum factione comperimus ecclesiae catholicae clericos ita vexari, ut nominationibus seu susceptionibus aliquibus, quas publicus mos exposcit, contra indulta sibi privilegia praegraventur. ideoque placet, si quem tua gravitas invenerit ita vexatum, eidem alium subrogari et deinceps a supradictae religionis hominibus huiusmodi iniurias prohiberi. dat. prid. kal. Nov. Constantino A. III et Licinio III C. cons. (313).*

XVI 2, 2: *Idem A. Octaviano correctori Lucaniae et Brittiorum. Qui divino cultui ministeria religionis impendunt, id est hi qui clerici appellantur, ab omnibus omnino muneribus excusentur, ne sacrilego livore quorundam a divinis obsequiis avocentur. dat. XII kal. Nov. Constantino A. V et Licinio C. cons. (319).*

XVI 2, 7: *Idem A. Valentino consulari Numidiae. Lectores divinorum apicum et hypodiaconi ceterique clerici, qui per iniuriam haereticorum ad curiam devocati sunt, absolvantur et de cetero ad similitudinem Orientis minime ad curias devocentur sed immunitate plenissima potiantur. dat. non. Febr. Serdica, Gallicano et Symmacho cons. (330).*

¹⁾ Claud. in cons. Theod. 34: *terris edicta daturus / supplicibus responsa venis: oracula regis / eloquio crevere tuo, nec dignius unquam / maiestas meminit sese Romana locutam.* Symmach. epist. VII, 60, 2: *an ego adversum iudicium publicum provocem scriptis epistularum regiarum magistrum? nostrum est pastorales inflare calamos, tuum sacris tibiis carmen incinere.* Cassiod. var. VI, 5: *nam si oratoris est proprium graviter et ornate dicere, ut possit animos iudicum commovere, quanto facundior debet esse, qui ore principis populos noscitur admonere?* In einer kaiserlichen Kanzlei dienen heisst *palatinae eloquentiae militare.* Symm. ep. IV, 35. Aehnliche Stellen lassen sich häufen.

Das erste Fragment zeigt das Consulat von 313; das zweite ist an einen Beamten gerichtet, der auch am 16. Februar und 3. August 313 nachweisbar ist, und dessen Nachfolger schon am 30. December desselben Jahres genannt wird, so dass seine Amtszeit eine ganz genau begrenzte ist. Die Tagdaten beider Gesetze berühren sich so nah, dass auch dies auf einen Zusammenhang hinweist; die Consulate endlich sind beides Kaiserconsulate und können folglich als identisch gelten. Schwieriger steht es mit dem dritten Fragment, von dem der Adressat unbekannt und die Subscription nicht mit den beiden andern auszugleichen ist; doch gerade bei diesem lässt es sich durch den Inhalt erweisen, dass es nicht das jüngste sein kann. XVI, 2, 1 sagt Constantine, er habe vernommen, dass die Häretiker aus Missgunst die orthodoxen Priester zu den municipalen Munera heranzögen, und nehme daraus Anlass zu diesem Gesetz. XVI, 2, 7 wird verfügt, dass die Cleriker, welche durch die Häretiker zur Uebernahme der Decurionatslasten gezwungen worden seien, wieder freigelassen werden sollen. Also nicht nur der Inhalt, sondern auch der Anlass des Gesetzes ist in beiden Fällen der gleiche. Unter den Ketzern, welche hier erwähnt werden, sind, wie schon Gothofredus erkannt hat, ohne allen Zweifel die Donatisten zu verstehen, und diese hatten gerade in Numidien ihre Hauptmacht concentrirt¹⁾. Wenn sie sich also Uebergriffe gegen die Katholiken erlaubten, so muss es in dieser Provinz zuerst und am wirkungsvollsten geschehen sein. Da mithin der Consularis Numidia derjenige war, welchen dieses Gesetz vor allen andern Beamten des Römerreiches anging, so ist es ganz undenkbar, dass es ihm erst 17 Jahre nach seinem ersten Erlass zugeschickt worden sei. Auch eine spätere Erneuerung desselben ist deshalb ausgeschlossen, weil die Gelegenheit dazu fehlte; denn seit Ende 316 waren die Donatisten die verfolgte Kirche und besaßen nicht mehr die Macht, ihren Gegnern Rechtsnachtheile zuzufügen. Die Subscription ist also zwar insofern richtig, als Constantine im Februar 330 wirklich in Serdica gewesen zu sein scheint, doch ist sie fälschlich diesem Gesetze angehängt. Das echte Datum desselben wird mit dem

¹⁾ Zeitschr. für Kirchengesch. X, S. 533.

von XVI 2, 1 identisch oder gar noch einige Tage früher gewesen sein.

Alle die andern sehr zahlreichen Fälle ähnlicher Art ebenso ausführlich zu besprechen, fehlt uns hier der Raum. Auch wird das Gesagte es ausreichend rechtfertigen, dass wir gleichen Inhalt der Gesetze immer als ein Zeichen der Gleichzeitigkeit betrachtet haben, das zwar für sich allein noch nicht entscheidend ist, aber in Verbindung mit andern Gründen, wie sie Adressat, Ort oder Tagdatum gewähren können, doch sehr wesentlich ins Gewicht fällt.

Dies mag zur Einleitung der folgenden Tabelle genügen. Diese selbst habe ich so eingerichtet, dass ich bei jedem Gesetz in den Anmerkungen alle chronologischen Indicien, welche dasselbe enthält, in möglichster Kürze aufgezählt habe. Ich hielt das nicht nur bei denjenigen Gesetzen für nothwendig, deren Datirung ich durch Conjectur hatte ändern müssen, sondern auch bei den richtig überlieferten. Denn da von den Subscriptionen sich mindestens die Hälfte als unzuverlässig erwiesen hatte, so musste jede Datirung, die ausschliesslich auf der Subscription beruhte, zweifelhaft sein und bedurfte daher noch anderweitiger Stützen. Zwischen die Gesetze sind auch diejenigen historischen Ereignisse aus Constantins Zeit eingereiht, welche sich auf ein bestimmtes Tagdatum fixiren oder doch zwischen zwei gegebene Daten einschliessen lassen. Diejenigen Daten, welche mit der Person des Kaisers in keinem directen Zusammenhange stehen, sind in Klammern eingeschlossen; ebenso die Tage der Proposita und Accepta. Die letzteren sind am Rande gar nicht vermerkt, wo das Datum des Gesetzes entweder überliefert war oder sich durch andere gleichzeitige Erlasse annähernd bestimmen liess. Wo die Consulate der Subscriptionen in derjenigen Form überliefert waren, welche die Jahresüberschrift angibt, sind sie weggelassen worden; wo sie irgend welche Singularitäten zeigten, habe ich sie so aufgenommen, wie sie die Handschriften bieten, doch sind dabei unbedeutende und leicht zu bessernde Corruptelen unberücksichtigt geblieben. Waren die Consulate falsch, so habe ich diejenige Form der Datirung in den Text gesetzt, welche, wenn sie in den Quellen des Codex angewandt war, am leichtesten die Verderbniss er-

klären würde; doch sind in den Anmerkungen alle wesentlichen Abweichungen des Ueberlieferten sorgfältig angegeben. In den Ueberschriften habe ich den Kaisernamen weggelassen, wo er in der üblichen Form: *imp. Constantinus A.* oder *Idem A.* auftrat, zeigte er dagegen irgend eine ungewöhnliche Formulierung, so ist dies bemerkt worden. Soweit sich die Titel der Adressaten feststellen liessen, habe ich sie ergänzt, ohne dass damit gesagt sein soll, dass sie in den Quellen des Codex in gleich vollständiger Weise enthalten waren.

312 Constantino A. II et Licinio II cons.

- 29 Oct. Romae Einzug Constantins in Rom. S. 182.
Der Senat ernennt ihn zum ältesten Augustus, wodurch er das Recht der Gesetzgebung erhält. S. 179.
- 1 Dec. Romae Ad populum. — dat. et pp. in Foro Traiani, kal. Dec. Constantino *A. et C.* cons. X 10, 2.
Constantino A. V et Licinio C. cons. (319) vgl. S. 34. — Wird schon 18 Jan. 313 (X 10, 1) angeführt. Wenn Eumen. paneg. IX 4 im Herbst 313 so von diesem Gesetze spricht, als wenn es schon vor der Schlacht an der Milvischen Brücke gegeben wäre, so beruht dies entweder auf Unkenntniss oder auf naheliegenden rhetorischen Gründen. S. 179.

313 Constantino A. III et Licinio III cons.

- 6 Jan. Romae { Antiocho praefecto vigilum. — dat. VIII id. Jan. Romae Constantino *A. et C.* cons. XV 14, 3.
Jan.] *Jul. — Constantino A. VII et Constantio C. cons.* (326). — Ders. Adress. 30 Dec. 313, 1 Nov. 319.
- 13 Jan. { Ad senatum. — dat. id. Jan. Constantino *A. et C.* cons. XV 14, 4.
Jul. Constantino A. VII et Constantio C. cons. (326) vgl. S. 34. — Beide Fragmente heben Verfügungen eines gestürzten Tyrannen auf, sind also zu verbinden. Da das eine an einen stadtrömischen Magistrat gerichtet ist, das andere sich auf stadtrömische Corporationen bezieht, so muss jener Tyrann über Rom geherrscht haben. Es kann also nicht Licinius sein und an Magnentius zu denken, verbietet der Adressat (vgl. 30 Dec. 313). Folglich bleibt nur Maxentius übrig, wodurch das Jahr gegeben ist. Der Monat musste geändert werden erstens wegen des Ortes, zweitens weil die ungesetzlichen Verfügungen des Maxentius nicht erst 8 Monate nach seinem Sturze (28 Oct. 312) aufgehoben sein können. Vgl. S. 40.
- 18 Jan. Romae Ad populum. — dat. et pp. XV kal. Febr. Romae X 10, 1 + XIII 10, 1.
dat. et fehlt. — *Romae* fehlt X 10, 1. — Dass Constantin während seiner eiligen Reise nach Mailand Zeit

- 313 gefunden habe, Gesetze ausarbeiten zu lassen und nach Rom zu senden, ist sehr unwahrscheinlich; was im Jan. 313 in Rom publicirt ist, wird also auch dort gegeben sein. — X 10, 1 citirt X 10, 2 (1 Dec. 312).
- 2 Febr. Mediolanii Ad Flavianum Africae. — dat. IIII non. Febr. Mediolano, acc. VIII id. Jul. Constantino A. et C. cons. XV, 1, 1.
Flavianum pu. Africae vgl. S. 43. Welcher Titel zu ergänzen ist, bleibt unbestimmt; jedenfalls weder Proconsul, noch Vicarius, noch Rationalis, noch Procurator rei privatae, da die Namen all dieser Beamten durch Euseb. h. eccl. X 6 für dieses Jahr bekannt sind. Vielleicht *praefectus annonae*. — Ueber das Consulat s. S. 34. — Dies Gesetz wird interpretirt durch C. J. VIII 10, 6 (30 Mai 321).
- 5 Febr. Ad Ursum *rationalem Africae*. — dat. non. Febr. Constantino A. et Licinio cons. C. J. III 26, 5.
 Titel fehlt. — A. IV (315). Vgl. S. 32. — Dass das Gesetz an einen Finanzbeamten gerichtet ist, zeigt der Inhalt. Ursus ist für 313 durch Euseb. h. eccl. X 6 als Rationalis Africae beglaubigt, wodurch auch das Jahr festgestellt ist; denn am 6 März 314 war er schon zum Vicar befördert. — Könnte Ausführungsbestimmung zu XIII 10, 1 vom 18 Jan. sein.
- 16 Febr. Sirmione Ad Octavianum *correctorem Lucaniae et Brittiorum*. — dat. XIV kal. Mart. Sirmione, accepta VII id. Apr. Regio, Constantino A. et C. cons. VII 22, 1.
Optavianum. — Titel fehlt. — *Sirmio*. — *Constantino A. V. et Licinio C. cons.* (319). — Das Amt des Adress. ist durch den Ort des Acceptum (s. S. 13) und die Gesetze vom 3 Aug. u. 21 Oct. gegeben. Es muss vor dem 4 Dec. 316 bekleidet sein, da er damals schon zum Comes Hispaniarum avancirt war. Mithin lässt sich das Consulat nur auf 313 oder 315 deuten (vgl. S. 34), und letzteres Jahr ist hier und bei dem Gesetz vom 3 Aug. durch den Ort das Datum ausgeschlossen. Am 30 Dec. 313 hatte Octavianus schon einen Nachfolger erhalten. — In Sirmium kann Constantin damals nicht gewesen sein, doch mag er seiner Schwester und dem ihr neuvermählten Licinius, als sie aus Mailand in den Orient zogen, bis nach Sirmio am Gardasee das Geleite gegeben haben. Da Licinius schon am 30 Apr. den Maximinus in Thrakien schlug, so muss seine Abreise aus Italien etwa in diese Zeit fallen (S. 182). — Verschärfung dieses Gesetzes VII 22, 2 (30 Juli 318).
- 10 März Mediolanii Ad Aemilium v. p. rationalem. — dat. VI id. Mart. Mediolano, Constantino A. III et Licinio cons. X 8, 1.
 Feldzug gegen die Franken. S. 183.
- (15 Apr.) Relation des Anulinus, Proconsul Africae, über die Klage der Donatisten. August. epist. 88, 2 = Act. Coll. Carth. III 220.
- (30 Apr.) Schlacht bei Tzirallum. S. 183.

- 313
(13 Juni) Licinius in Nicomedia; das sogenannte Edict von Mailand wird dort publicirt. Lact. de mort. pers. 48.
- 1 Juli Agrippinae Ad Antonium Marcellinum praesidem provinciae Lugdunensis primae — dat. kal. Jul. Agrippinae, Constantino *A. et C.* cons. XI 3, 1.
Constantino A. V et Licinio C. cons. (319): vgl. S. 34. — Das Jahr durch den Ort bestimmt. — Verschärfung dieses Gesetzes Vat. 35 (29 Aug. 315).
- 26 Juli Agrippinae Ad concilium Byzacenorum — dat. VII kal. Aug. Coloniae Agrippinae *sine cons.* II 19, 3 + IV 10, 1.
VI kal. IV 10, 1. — Pacatiano et Hilariano cons. (332) vgl. S. 22.
- 3 Aug. Treviris Rufino Octaviano correctori Lucaniae et Brittiorum. — dat III non. Aug. Treviris, Constantino *A. et Licinio* cons. I 16, 1.
A. IV (315); vgl. 16 Febr. u. S. 32.
- 1 Oct. Aeliano proconsuli Africae — dat. kal. Oct. Constantino *A. et C.* cons. I 12, 3.
Constantino A. et Constantancio consul. Nach der Reihenfolge der Constitutionen kann damit 320, 326 oder 329 gemeint sein. Vgl. S. 34. — Ders. Adr. 8 Nov. 313, 15 u. 25 Febr. 315; sein Vorgänger Anulinus zuletzt 15 Apr. 313, sein Nachfolger Probianus zuerst 25 Aug. 315. — Dies Gesetz vorausgesetzt I 12, 1 (8 Nov. 313).
- (2 Oct.) Eröffnung der Synode von Rom. August. ad Donat. post coll. 33, 56; Opt. I 23.
- 21 Oct. Octaviano correctori Lucaniae et Brittiorum — dat. XII kal. Nov. Constantino *A. et C.* cons. XVI 2, 2.
Constantino A. V et Licinio C. cons. (319) vgl. 16 Febr. u. S. 34. — Einschärfung eines Gesetzes, dessen Uebersetzung bei Euseb. h. eccl. X 7 erhalten ist und das vor dem 15 Apr. 313 in die Hände seines Adressaten gelangt war (Aug. epist. 88, 2 = Act. Coll. Carth. III 220).
- 31 Oct. Dat. prid. kal. Nov. Constantino *A. III et Licinio III C.* cons. XVI 2, 1.
Eine andere Ausfertigung desselben Gesetzes, vgl. S. 204.
Valentino consulari Numidiaae — *sine die et cons.* XVI 2, 7.
Dat. non. Febr. Serdica Gallicano et Symmacho cons. (330). Identisch mit den beiden vorhergehenden Fragmenten; vgl. S. 204.
- 29 Oct. Treviris Palatinis bene meritis suis salutem. — dat. IV kal. Nov. Treviris, *acc.* Volusiano et Aniano cons. (314) VI 35, 1.
Treviris Volusiano ohne Lücke. Das Jahr durch den Ort bestimmt; vgl. S. 39. — Wird interpretirt VI 35, 3 u. 5 (27 Apr. 319); vgl. VI 35, 4 (15 März 321).

3 Nov. Treviris

Ad Catullinum *consularem Byzacenae* — dat. III non. Nov. Treviris, acc. XV kal. Mai. Hadrumeto, Volusiano et Anniano cons. (314) IX 40, 1 + XI 30, 2 + 36, 1.

Der Titel fehlt, doch ergibt sich das Amt aus Inhalt und Ort des Acceptum. — Aconius Catullinus (CIL. VI 1780) war zuerst Präses Gallaeciae (CIL. II 2635), dann Consularis Byzacenae. Als Proconsul Africae ist er 17 Apr. 317 — 12 Dec. 318 nachweisbar, Praefectus Urbis war er 6 Juli 342 — 11 Apr. 344, Consul 349. — XI 30, 2 ist wiederholt XI 30, 4 (30 Dec. 313), wird citirt XI 36, 3 (25 Febr. 315).

Ad concilium provinciae Africae — pp. IV kal. Aug. Karthagine *p. c. Constantini A. et C.* (314) XI 30, 15.

Constantino A. VIII et Constantio Caes. IV cons. (329). Der Inhalt ist identisch mit XI 30, 2, wonach die Zeit bestimmt ist; vgl. S. 34, 37 u. 206. Der späte Tag des Propositum mag vielleicht durch die Zeit, in welcher sich das Concilium der Provinz versammelte, bedingt sein.

8 Nov. Treviris

Ad Aelianum proconsulem Africae — dat. VI id. Nov. Treviris, acc. XV kal. Mart. Karthagine *p. c. Constantini A. et C.* (314) I 12, 1 + VIII 10, 1 + IX 34, 2 + X 15, 1 + XI 1, 2 + 7, 1.

Ad Aelianum fehlt VIII 10, 1. — Datum fehlt IX 34, 2. Acceptum nur erhalten VIII 10, 1; IX 34, 2. — *VI id.*] VIII 10, 1; X 15, 1. *III kal.* I 12, 1. *kal.* XI 1, 2; 7, 1. — *acc.*] VIII 10, 1. *pp.* IX 34, 2. — *XV kal.*] VIII 10, 1. *V kal.* IX 34, 2. — *Constantino A. VI et Constantio C. cons.* (320) IX 34, 2. *Constantino A. IV et Licinio IV cons.* (315) VIII 10, 1; X 15, 1; XI 1, 2; 7, 1. *Constantino AA. XIII et Licinio IV consul.* I 12, 1; vgl. S. 34 u. 37. Das Jahr nach Ort und Adressaten (s. 1 Oct.) bestimmt. — I 12, 1 setzt I 12, 3 (1 Oct. 313) voraus; IX 34, 2 wird verschärft IX 34, 1 (29 März 319).

Ad Claudium Plotianum correctorem Lucaniae et Brittiorum — dat. III kal. Jan. Treviris, acc. VIII id. Febr. Regio *p. c. Constantini A. III et Licinii III* (314) XI 29, 1 + 30, 1.

III kal.] XI 30, 1. *VI kal.* XI 29, 1. — Acceptum fehlt XI 30, 1 — *Constantino A. III et Licinio III cons.* (313) vgl. S. 38. — Das Jahr durch den Ort bestimmt. — Der Vorgänger des Adressaten zuletzt 21 Oct., sein Nachfolger zuerst 30 Jan. 316. — XI 30, 1 wird citirt XI 30, 6 (13. Aug. 316) u. XI 30, 8 (18 März 318).

30 Dec. Treviris

Julio Antiocho praefecto vigilum — dat. III kal. Jan. Treviris, acc. *Romae* Volusiano et Anniano cons. (314) I 2, 1.

Treviris Volusiano ohne Lücke. — Das Jahr nach dem Ort bestimmt. Vgl. S. 39. — Ders. Adress. 6 Jan.

Amabiliano praefecto annonae — dat. III kal. Jan. Treviris, *Constantino A. et C. cons.* XI 30, 4 + XIII 5, 2 + 3.

313

30 Dec. Treviris

annonae Africae XI, 30, 4. Da das Gesetz sich auf stadtrömische Dinge bezieht, muss der Zusatz falsch sein. Das Auge des Schreibers ist auf die vorhergehende Ueberschrift *ad Probianum proconsulem Africae* abgeirrt und hat deren Schlusswort auch hier wiederholt. — *dat.*] XIII 5, 2. *pp.* XI 30, 4; XIII 5, 3. — *III kal. Jan.*] XI 30, 4. *V kal. Jun.* XIII 5, 3. *kal. Jun.* XIII 5, 2. — *Treviris*] XIII 5, 2; fehlt XI 30, 4. *Constantinopoli* XIII 5, 3 wohl aus Dittographie von *Constantino* entstanden. — *Constantino A. V et Licinio C. cons.* (319) XIII 5, 3. *Constantino A. IV et Licinio IV cons.* (315) XI 30, 4; XIII 5, 2. — Das Jahr durch den Ort bestimmt; vgl. S. 34. — XI 30, 4 wiederholt XI 30, 2 (3 Nov.).

Ad decretum naviculariorum — sine die et cons.
XIII 6, 1.

dat. V kal. Nov. Constantino A. VII et Constantio C. cons. (326). Vgl. S. 20. Hängt zusammen mit XIII 5, 3, wonach die Zeit bestimmt ist (s. S. 206). Zu dem Decret der Schiffergilde, worauf dies Gesetz antwortet, haben wahrscheinlich die Schwierigkeiten Anlass gegeben, mit welchen die Ausführung von XV 14, 4 (13 Jan.) verbunden war.

314 Volusiano et Anniano cons.

(11 Jan.)

Tod des Miltiades, Bischofs von Rom, Chronogr. v. 354.

22 Jan. Treviris

Ad Maternum — dat. et pp. XI kal. Febr. *Treviris C. J. VII 32, 10.*

dat. et fehlt.

(30 Jan.)

Lucio Verino suo salutem — *pp.* III kal. Febr. XII 11, 1.

Lucius Verinus als Vicarius Africae nachweisbar 16 Nov. 318 — 20 Mai 321; Praefectus Urbis 13 Sept. 323 — 4 Jan. 325. Scheint unter Constantius ein militärisches Amt im Orient bekleidet zu haben (Symmach. epist. I 2, 7). 314 dürfte er Rector provinciae gewesen sein, wozu der Inhalt des Gesetzes passt.

(31 Jan.)

Silvester wird zum Bischof von Rom ordinirt, Chronogr. v. 354.

Ad Ursum vicarium. — dat. II non. Mart. II 7, 1. Ueber Ursus s. 5 Febr. 313.

Dat. prid. non. Mart. Treviris sine cons. XII 9, 1.

6 März Treviris

Paulino et Juliano cons. (325). Das Jahr ist nach dem Ort bestimmt (vgl. S. 22). Der Adressat fehlt, doch da das Gesetz Uebergriffen der Rectores provinciarum entgegentritt, deren Vorgesetzter der Vicarius war, so würde der Inhalt zur Competenz des Ursus passen. Deshalb und wegen des gleichen Tagdatums sind die Fragmente vielleicht zu verbinden.

19 März

Ad Volusianum pu. — dat. XIV kal. Apr. *pp.* VIII kal. Mai. *Romae V 6, 1 + XIII 5, 1 + C. J. XII 1, 2.*

pu. fehlt Theod. *pp.* Just. — Datum fehlt V 6, 1, Propositum fehlt XIII 5, 1, die ganze Unterschrift Just. —

- Der Adressat war Stadtpraefect 8 Dec. 313 — 20 Aug. 315; vgl. über ihn Seeck, Symmachus S. CLXXVI. — V 6, 1 erwähnt der kürzlich beseitigten Tyrannis des Maxentius.
- 26 März Treviris (1 Apr.) Dat. VII kal. Apr. Treviris III 30, 1.
Imp. Constantinus A. et Licinius C. ad Probum — pp. kal. Apr. IV 11, 1 + C. J. VI 1, 3.
et Licinius C. fehlt Theod. — *sine die et cons.* Just. — Ein Probus war Consul 310.
- 29 Apr. Exemplum sacrarum litterarum Constantini et Licinii AA. ad Dionysium vice praefectorum agentem — dat. III kal. Mai. C. J. III 1, 8 + VII 22, 3.
Impp. Constantinus et Licinius AA. ad Dionysium III 1, 8 — III kal.] VII 22, 3 p. id. III 1, 8. — Ein Dionysius wird auch genannt 21 Oct. 328; 14 März 329.
- 8 Oct. Cibalis Sirmii Philippopoli Iarbis Sieg bei Cibalae über Licinius. S. 183.
Zweite Schlacht zwischen Licinius und Constantin. S. 184.
Friedensschluss der beiden Kaiser. S. 183.

315 Constantino A. IV et Licinio IV cons.

- (22 Jan.) Ad Constantium — acc. XI kal. Febr. Caralis VIII 5, 1.
Der Adressat ist wahrscheinlich derselbe Constantius, welcher 16 Dec. 324 — 11 Juni 327 als Praefectus Praetorio nachweisbar ist und 327 Consul war; nicht zu verwechseln mit Julius Constantius, dem Bruder des Kaisers, Consul 335 (s. De Rossi, Inscr. christ. urb. Rom I S. 40). Im J. 314 hatte er vor dem Kriege im Namen Constantins mit Licinius verhandelt (Anon. Vales. 5, 14), kann also sehr wohl auch 315 irgend ein höheres Amt, vielleicht das Vicariat, bekleidet haben. Ders. Adress. 28 Apr. Das Gesetz ist von sehr ähnlicher Tendenz, wie das vom 2. Juni.
- (15 Febr.) Aelianus Proconsul Africae führt die Untersuchung gegen Felix, Bischof von Aptunga. Zeitschr. f. Kirchengesch. X S. 516.
- (25 Febr.) Ad Volusianum pu. — pp. V kal. Mart. Romae XI 36, 2.
Ders. Adress. 19 März 314. — Verschärfung von XI 30, 2 (3 Nov. 313).
- Ad Aelianum proconsulem Africae — pp. VI kal. Mai. Karthagine, Constantino A. et C. cons. XI 36, 3
Constantino A. VII et Constantio C. cons. (326). — Ders. Adressat 1 Oct. 313. — Das Gesetz identisch mit dem vorhergehenden und jedenfalls zugleich erlassen; s. S. 34 u. 202.

- 315
8 März Thessaloniae Ad Versennium Fortunatum consularem aquarum
— dat. VIII id. Mart. Thessalonicae VIII, 7, 1.
Scheint vorausgesetzt zu werden VIII 1, 2 (1 Juli 331).
- (13 März) Ad concilium provinciae Africae — pp. III id.
Mart. Hadrumeto C. J. II 12, 21.
In demselben Sinne I 22, 1 (11 Jan. 316).
- 30 März Ad rationales — dat. III kal. Apr. X 18, 1.
Von ähnlicher Tendenz X 11, 1 (15 März 317).
- 28 April Ad Constantium — dat. IV kal. Mai. VIII 4, 1.
Ad Constantium pp. Vor dem 1 Dec. 318 ist sonst
kein gut beglaubigtes Gesetz an einen Präf. Prät. gerichtet
(S. 199), weshalb der Titel gewiss auch hier falsch ist; vgl.
S. 43. — Ders. Adress. 22 Jan. — Das Gesetz erwähnt eines
kürzlich gestürzten Tyrannen. — Wird vorausgesetzt XII
1, 13 (17 Oct. 325).
- (10 Mai) Edicto suo ad Afros — pp. VI id. Mai. Karthagine
VIII 4, 2.
- 13 Mai Naissi Dat. III id. Mai. Naisso XI 27, 1.
Die Subscription gehört nicht zu dem Gesetz, bei
welchem sie steht; s. 17 Apr. 331 u. S. 25.
- 2 Juni Sirmii Ad universos provinciales — dat. IV non. Jun.
Sirmio II, 30, 1.
Aehnlicher Tendenz VIII 5, 1 (22 Jan. 315).
- (15 Juni) Cupito — pp. XVII kal. Jul. Treviris C. J. XI
62, 1.
- (Consulibus, praetoribus, tribunis plebis, senatui sa-
lutem dicit. — dat. XV kal. Jul. Aquileia, reci-
tata apud Vettium Rufinum pu. in senatu non.
Sept. Constantino A. et C. cons. VIII 18, 1.
Jul.] Aug. — Constantino A. V et Licinio C. cons. (319)
Vgl. S. 34. — Vettius Rufinus war Stadtpräfect 20 Aug.
315 — 4 Aug. 316. Consul 323 CIL. X 407, 5061. — Dies
Gesetz abgeändert VIII 18, 3 (30 März 334).
- 17 Juni Aquileiae Julio Severo praesidi Tarraconensis — sine die et
consule VIII 18, 2.
Titel fehlt; vgl. 6 Mai 316. — dat. VII id. Sept. Medio-
lano, acc. non. Oct. Constantino A. V et Licinio C. cons. (319).
Unter Constantin sind mindestens drei Severi im Amt ge-
wesen: 1) Acilius Severus praef. urb. 4 Jan. 325 — 13 Nov.
326. 2) Severus rationalis Africae 3 Aug. 326, wahr-
scheinlich identisch mit dem Comes Hispaniarum 4 Mai
333 — 30 März 334. 3) Julius Severus praes. Tarraconensis
6 Mai 316, vicarius Italiae 22 Juni 318 — 15. März 321;
vielleicht derselbe cons. 323, praef. praet. 18 Dec. 322 —
8 März 324. Die Subscription dieses Gesetzes passt wohl
zur Zeit seines Vicariats, ist aber sonst mit diesem Amt un-
vereinbar. Denn da der Vicar von Italien in Mailand re-
sidierte und während der Zeit, wo der Kaiser dieser Stadt
einen kurzen Besuch machte, gewiss nicht auf Reisen ge-
gangen ist, so kann ein am 7 Sept. in Mailand vollzogenes
Gesetz nicht erst am 7 Oct. in seine Hand gelangt sein. Da

- es dem Inhalte nach mit VIII 18, 1 identisch ist und die Zeit zu dem Präsidat des Julius Severus passt, habe ich beide Gesetze vereinigt; vgl. S. 20 u. 206.
- 18 Juli Romae Einzug Constantins in Rom. S. 185.
- 25 Juli Romae Feier der Decennalien. S. 185.
- 1 Aug. Ad Domitium Celsum vicarium Africae — dat. kal. Aug. IX 18, 1.
Ders. Adr. 11 Jan. 316; sein Vorgänger Verus zuletzt 15 Febr. 315 (Zeitschr. f. Kirchengesch. X S. 519), sein Nachfolger Eumelius zuerst 21 März 316. Vgl. über ihn Zeitschr. f. Kirchengesch. X S. 551; 556. — Die Verurtheilung zum Gladiatorenkampf, welche 1 Oct. 325 (XV 12, 1) aufgehoben ist, wird hier noch geboten.
- 13 Aug. Romae Rutiliae Primae — dat. et pp. id. Aug. Romae Constantino et Licinio Augg. IIII cons. Vat. 33.
dat. et fehlt. — Der Process, in welchem dies Rescript ergangen ist, hat vielleicht zu dem vorhergehenden Gesetz den Anlass gegeben.
- 13 Aug. Romae Aureliae Sabinae sive Gaudiosae — dat. id. Aug. Romae Constantino et Licinio Augg. cons. Vat. 274.
Das Jahr ist durch den Ort bestimmt. Vgl. S. 31.
- 25 Aug. Romae Ad Probianum proconsulem Africae — dat. VIII kal. Sept. Romae XI 30, 3.
Ders. Adress. 13 Aug. 316; sein Vorgänger Aelianus zuletzt 25 Febr. 315, sein Nachfolger Catullinus zuerst 17 Apr. 317. Vgl. über ihn Seeck, Symmachus S. XCIV.
- (29 Aug.) Dat. IIII kal. Sept. a praefectis ad correctorem Piceni Aquileia, accepta XIII kal. Oct. Albae, Constantino Aug. IIII cons. Vat. 35.
Aug. III cons. (313). Wenn dieses Gesetz im J. 313 gegeben wäre, so müsste es gleichzeitig oder gar früher sein als XI 3, 1 (1 Juli 313), dessen Bestimmungen es erheblich verschärft. Dass die Praefecten in Aquileia sind, passt gut zum J. 315; denn kurz vorher war Constantin dort durchgekommen, und da er aus Rom wieder in den Norden zu gehen beabsichtigte, mag ein Theil seines Gefolges in Oberitalien geblieben sein, um ihn dort zu erwarten. — Dies Gesetz wörtlich gleichlautend wiederholt 4 Febr. 337 (III 1, 2).
- 29 Aug. Romae Ad populum — dat. et pp. IV kal. Sept. Romae, Constantino Aug. IV et Licinio IV Caes. cons. I 2, 2.
dat. et fehlt. — Ausführungsbestimmungen zu diesem Gesetz 3 Dec. (I, 2, 3).
- 13 Sept. Romae Imp. Constantinus A. et C. ad populum — dat. id. Sept. Roma X 1, 1.
Dies Gesetz eingeschränkt X 1, 4 (19 Mai 320).
- 27 Sept. Romae Auszug Constantins aus Rom. S. 186.

315

1 Oct.

Ad Bassum. — { dat. kal. Oct. Constantino A. IIII
et Licinio cons. C. J. I 22, 3.
pp. prid. non. Oct. Romae, Con-
stantino A. et C. cons. VIII
12, 4 + IX 10, 3 + C. J. VII 19, 7.

Ad Bassum pu. Theod. Vgl. S. 43. — Unterschrift fehlt C. J. VII 19, 7. — *pp. prid. non.]* IX 10, 3. *dat. non.* VIII 12, 4. — *Romae* fehlt VIII 12, 4. — *Constantino A. V et Licinio C. cons.* (319) Theod. Vgl. S. 34. — Die Strafbestimmung von IX 10, 3 wird schon am 17 Apr. 317 (IX 10, 1) mit ausdrücklicher Berufung auf dieses Gesetz verschärft; VIII 12, 4 wird erwähnt Vat. 249 (3 Febr. 316) als kürzlich gegeben (*hinc nuper exceptis personis dicta lex est* etc.). Auch dass als einzige Formalitäten, welche die Schenkung erfordert, Mancipatio und Traditio genannt werden, noch nicht die am 3. Febr. 316 eingeführte Beglaubigung bei den Acta, zeigt das höhere Alter dieses Gesetzes. — Unter Constantin lassen sich mindestens drei hohe Beamte, die Bassus heissen, nachweisen: 1) Junius Bassus cos. 317 (De Rossi, Bullet. di archeol. christ. 1871 S. 43). 2) Annius Bassus cos. 331 (Larsow, Festbriefe des Athanasius S. 27 u. 70). 3) Septimius Bassus praef. urb. 15 Mai 317 — 1 Sept. 319. Der Adressat ist nach I 2, 3 (3 Dec. 315) mit dem dritten identisch und dürfte wohl zur Zeit dieses Gesetzes nach Ort des Propositum und Inhalt desselben Vicarius Urbis gewesen sein. Ausserdem findet sich 24 Sept. 317 und 4 Apr. 318 ein Vicarius Italiae dieses Namens, endlich drei Praefecti Praetorio 18 Aug. 320 — 20 Mai 321, 8 März — 25. Sept. 326 und 22 Febr. 330 — 20 Oct. 331. Von diesen wird man den dritten wegen seines gleichzeitigen Consulats wohl mit Annius Bassus identificiren dürfen; wie das italische Vicariat und die beiden übrigen Praefecturen über die drei Träger des Namens zu vertheilen sind, bleibt ungewiss.

19 Oct. Mediolanii Dat. XIII kal. Nov. Mediolano, Constantino et Licinio cons. Vat. 273.

Der Text erwähnt des Stadtpraefecten Vettius Rufinus, wodurch das Jahr feststeht; vgl. 17 Juni. Vielleicht hat der Process, in welchem dieses Rescript erlassen ist, zu dem Gesetz Anlass gegeben, das am 3. Febr. 316 in Rom publicirt wurde.

3 Dec.

Idem AA. Septimio Basso. — dat. III non. Dec. *acc.*
..... Sabino et Rufino cons. (316) I 2, 3.

Basso pu. Vgl. S. 43. — *Dec. Sabino* ohne Lücke. — Ausführungsbestimmung zu dem Edict vom 29. Aug., die ihrem Inhalte nach diesem sehr bald nachgefolgt sein muss. Vgl. S. 39. — Ders. Adress. 1 Oct. Er scheint vor d. 3 Febr. 316 schon einen Nachfolger im Amt erhalten zu haben.

Licinius

1 Juni

Idem AA. ad Eusebium v. p. praesidem Lyciae et Pamphylicae — dat. kal. Jun. Constantino et Licinio AA. cons. XIII 10, 2.

Constantino A. III et Licinio III cons. (313). Am 13. Juni 313 war Licinius erst kürzlich in Nicomedia eingezogen; er kann also zwölf Tage früher noch keine Bestimmungen

über Lycien und Pamphylien erlassen haben, das noch gar nicht in seiner Gewalt war. Das Gesetz dem Maximinus Daza zuzuschreiben, verbietet sich erst recht durch die Zeitverhältnisse. Andererseits kann es nicht später als 316 sein, da es des Diocletian, welcher in diesem Jahre starb, noch als lebend erwähnt. Vgl. S. 31 u. 180.

316 Sabino et Rufino conss.

(Anf. Jan.)

Ad Vettium Rufinum pu. — pp. . . . id. Jan. Romae IV 13, 1.

pp. X id. — Ders. Adr. 17 Juni 315. — Das Gesetz erwähnt der Decennalien Constantins (25 Juli 315) als kürzlich gefeiert.

11 Jan. Treviris

Ad Domitium Celsum vicarium *Africae* — dat. III id. Jan. Treviris I 22, 1.

Africae fehlt; vgl. 1 Aug. 315. — Von sehr verwandtem Inhalt C. J. II 12, 21 (13 März 315).

30 Jan.

Maecilio Hilariano correctori Lucaniae et Brittiorum — dat. III kal. Febr. acc. kal. Aug. IX 19, 1 + XII 1, 3.

acc. kal. Aug. fehlt XII 1, 3. — Hilarianus Proconsul Africae 9 Juli 324, Consul 332.

(3 Febr.)

Ad Maximum — pp. III non. Febr. Romae in foro divi Traiani III 30, 2 = VIII 12, 1 = Vat. 249.

Ad Maximum pu. oder *pp.* Theod. Vgl. S. 43. Die Adresse fehlt Vat., doch steht innerhalb des Gesetzes die Anrede: *Maxime carissime ac iucundissime nobis.* — *pp.*] Vat. dat. Theod. — *in foro divi Traiani* fehlt Theod. *Traiani* ist zerstört Vat., ebenso Tagdatum und Consulat. — Der Name Maximus findet sich bei folgenden Beamten: 1) Valerius Maximus Basilius praef. urb. 1 Sept. 319 — 13. Sept. 323. 2) Praefectus Praetorio 21 Jan. 327 — 29 Dec. 328, wahrscheinlich identisch mit dem Consul 327. 3) Praefectus Praetorio 30 Mai 332 — 5 Mai 333. 4) Rationalis Africae 30 Sept. 320. 5) Vicarius Orientis 1 und 7 Oct. 325. 6) Ein Maximus ohne Titel 2 Aug. 337. 7) Der Adressat dieses Gesetzes, welcher nach dem Orte des Propositum vielleicht Nachfolger des Bassus (s. 1 Oct. 315) im Vicariatus Urbis war. 1, 3, 6 u. 7 können möglicher Weise dieselbe Person sein, ebenso 2, 3, 4, 5 und 6 oder auch 2, 3, 6 u. 7. — Vat. 249 erwähnt VIII 12, 4 (1 Oct. 315) als kürzlich gegeben und wird selbst citirt VIII 12, 3 (1 Mai 317); beschränkende Interpretation III 5, 3 (28. Apr. 317).

21 März Cabilluno

Eumelio vicario *Africae* — dat. XII kal. Apr. Cabilluno, p. c. Constantini A. IV et Licinii IV IX 40, 2.

vicario Africae fehlt. — *Constantino A. IV et Licinio IV conss.* (315) vgl. S. 37. Das Jahr ist durch den Ort bestimmt. Der Adressat ist als Vicarius Africae auch am 10. Nov. nachweisbar; sein Vorgänger zuletzt 11 Jan. 316, sein Nachfolger zuerst 16 Nov. 318. — Das Gesetz erwähnt des Gladiatorenkampfes als Strafe, welche 1 Oct. 325 (XV 12, 1) aufgehoben ist.

- 316**
 6 Mai Viennae Julio Severo praesidi Tarraconensis -- dat. prid. non. Mai. Viennae II 6, 1.
Vero. — Ders. Address. 17 Juni 315. — An dies Gesetz angeknüpft II 6, 2 (24 Oct. 318) u. XI 35, 1 (20 Mai 321).
- 14 Mai Ad Titianum — dat. prid. id. Mai. VIII 5, 2.
 Falls der Adressat derselbe ist, an welchen das undatierte Rescript C. J. VII 16, 41 mit der Ueberschrift: *Impp. Constantinus et Licinius AA. ad Titianum praesidem Cappadociae* gerichtet ist, müsste dies Gesetz von Licinius sein. Doch da dessen Verfügungen im Cod. Theod. so äusserst selten und der Name Titianus ziemlich gemein ist, so habe ich Bedenken getragen, es dem Constantin abzusprechen. Vgl. S. 181.
- 1 Aug. Arelate Eröffnung des Concils durch den Kaiser. Zeitschr. f. Kirchengesch. X, S. 509.
- 13 Aug. Arelate Petronio Probiano suo salutem. — dat. id. Aug. Arelato, pp. id. Oct. Theveste XI 30, 5 + 6.
 Ders. Address. 25 Aug. 315. — Citirt XI 30, 1 (30 Dec. 313), wird citirt XI 30, 8 § 1 (18 März 318) u. XI 30, 9 (22 Juni 318); wird interpretirt I 2, 5 (23 Mai 325).
- Romae August. epist. 43, 7, 20.
 Mediolanii
- 10 Nov. Entscheidung des donatistischen Streites. August. l. l. Brief an Eumelius, Vicarius Africae, über die Entscheidung des donatistischen Streites. Zeitschr. f. Kirchengesch. X S. 522.
- (3 Dec.) Tod Diocletians. Idat. fast. 316.
 4 Dec. Serdicae Ad Octavianum comitem Hispaniarum — dat. prid. non. Dec. Serdicae, acc. V non. Mart. Cordubae, Gallicano et Basso cons. (317) IX 1, 1.
 Ders. Address. 19 Jan. 317; vgl. 16 Febr. 313.
- 317 Gallicano et Basso cons.**
- (19 Jan.) Ad Octavianum comitem Hispaniarum — pp. XIV kal. Febr. XII 1, 4.
 Ders. Address. 4 Dec. 316; vgl. 16 Febr. 313. — Dasselbe XII 1, 5 von Licinius für den Orient wiederholt (21 Juli 317).
- 28 Jan. Dat. V kal. Febr. IV 11, 2.
 Aufgehoben durch IV 11, 5 (6 Oct. 331).
- 1 März Serdicae Ernennung des Crispus, Constantinus und Licinius zu Cäsares. S. 187.
- 15 März Rationalibus Hispaniarum — dat. id. Mart. X 11, 1.
 Von ähnlicher Tendenz X 18, 1 (30 März 315).
- 17 Apr. Serdicae Aconio Catullino proconsuli Africae — dat. XV kal. Mai. Serdicae, p. c. Sabini et Rufini VIII 12, 2 + IX 10, 1.
 Ad Catullinum proconsulem Africae IX 10, 1. — XII kal. VIII 12, 2. — Sabino et Rufino cons. (316) VIII 12, 2. Gallicano et Basso cons. (317) IX 10, 1; vgl. S. 37. — Ders.

- Adress. 9 Febr., 27 Juli, 27 Aug., 12 Dec. 318; sein Vorgänger zuletzt 13 Aug. 316, sein Nachfolger zuerst 24 Apr. 319; vgl. über ihn 3 Nov. 313. — VIII 12, 2 scheint Vat. 249 (3 Febr. 316) vorauszusetzen; IX 10, 1 verschärft IX 10, 3 (1 Oct. 315).
- Ad Bassum pu. — pp. VI id. Roma IX 10, 2.
- dat. VI id. Mart. Roma. Vgl. S. 38. Aus der Reihenfolge der Constitutionen geht hervor, dass die Compilatoren einen späteren Monat gelesen haben. — Der Inhalt ist identisch mit IX 10, 1, wodurch die Zeit bestimmt ist. Vgl. S. 206. Nach dem Chronogr. hat Bassus sein Amt zwar erst am 15. Mai angetreten (vgl. 1 Oct. 315), doch konnte das Gesetz an ihn schon einige Wochen vorher erlassen sein, da sein Bestallungsdecret bei der weiten Entfernung des Kaisers beträchtlich früher vollzogen sein musste, als er in Rom davon Gebrauch machen konnte.
- 28 Apr. Valeriano agenti vicariam praefecturam — dat. IV kal. Mai. Gallicano cons. III 5, 3.
- Gallicano et Symmacho cons. (330) vgl. S. 31. — Erörtert einen Fall der Anwendung des Gesetzes vom 3 Febr. 316 (Vat. 249), welcher sehr bald nach dem Erlass desselben praktisch geworden sein muss. Ders. Adress. 27 Juni; ausserdem trägt VI 37, 1, dessen Unterschrift verloren ist, die Adresse: *ad Paternum Valerianum*.
- (1 Mai) Ad Cassium — pp. kal. Mai. Romae p. c. Sabinii et Rufini VIII 12, 3.
- Ad Cassium pu. Vgl. S. 43. — pp.] dat. — Sabino et Rufino cons. (316). — Julius Cassius vertritt 13 Juli — 13 Aug. 318 den Praefectus Urbis während dessen Abwesenheit (Chronogr. 354). Da diese Stellvertretung regelmässig dem Vicarius Urbis zuzufallen pflegte (Chronogr. unter 340, Amm. XVII 11, 5), nach dem Inhalt dieses Gesetzes der Adressat zu den Provincialmagistraten gehört haben muss und gleichwohl nach dem Orte des Propositum in Rom residierte, so wird er der Nachfolger des Maximus (s. 3 Febr. 316) gewesen sein. Setzen wir dies Gesetz in das Jahr 316, so könnte letzterer kaum vier Monate sein Amt bekleidet haben, was sehr unwahrscheinlich ist. Ausserdem enthält es Ergänzungsbestimmungen zu dem Gesetz vom 3. Febr. 316, die erst erlassen sein konnten, nachdem man mit diesem einige Erfahrungen gesammelt hatte. Endlich steht es durch den Chronogr. fest, dass am 1. Jan. 317 die Consuln in Rom noch unbekannt waren, man also jedenfalls eine Zeitlang mit dem Postconsulat datirt hat. Vgl. S. 37.
- 27 Juni Thessalonicae Ad Valerianum vicarium — dat. V kal. Jul. Thessalonicae C. J. VI 1, 4.
- vicarium fehlt; vgl. 28 Apr.
- 8 Juli Sirmii Ad Bassum pu. — dat. VIII id. Jul. Sirmio XI 30, 7.
- Jun. Da man von Serdica nicht über Sirmium nach Thessalonica reist, so ist die Aenderung durch den Ort geboten. Die überaus schnelle Reise nach Sirmium erklärt sich wohl aus der bevorstehenden Niederkunft der Fausta. — Ders. Adr. 17 Apr.

- 317**
(21 Juli) Ad populum — *pp.* Romae XII kal. Aug. C. J. IV 21, 15.
pp.] dat. Vgl. S. 38. — Subscription nur durch Haloander überliefert.
- (7 Aug.) Geburt des Constantius in Illyricum. CIL. I S. 379; Jul. orat. I p. 5 D.
- (24 Sept.) Ad Bassum *vicarium Italiae* — *pp.* VIII kal. Oct. Caralis I 16, 2.
Titel fehlt, doch kann nach Inhalt und Ort des Propositum nicht der Stadtpräfect (s. 17 Apr.), sondern nur der gleichnamige Vicar (s. 4 Apr. 318) gemeint sein (vgl. 1 Oct. 315). Sardinien steht zur Zeit der Not. Dign. zwar unter dem Vicarius Urbis, doch kann die Abgrenzung der Diöcesen unter Constantin anders gewesen sein.
- Licinius**
21 Juli Ad Bithynos — dat. XII kal. Aug. VIII 4, 3 + X 7, 1 + 20, 1 + XII 1, 5.
XII 1, 5 wiederholt XII 1, 4 (19 Jan.). — Vielleicht ist in der Unterschrift *Gallicano et Symmacho* (330) statt *Gallicano et Basso* (317) zu schreiben und auch dies Gesetz dem Constantin zuzuweisen. Vgl. S. 30 u. 181.
- 318 Licinio V et Crispo C. cons.**
- 4 Febr. Sirmii Ad Symmachum *vicarium* — dat. prid. non. Febr. Sirmio, acc. VIII id. Mart. Corintho, *ipso A. V et C. cons.* II 4, 1.
vicarium fehlt; vgl. 25 Juli 319. — *Constantino A. V et Licinio C. cons.* (319); vgl. S. 29. — Wird schon d. 12. Oct. 318 citirt (III 17, 1).
- 9 Febr. Sirmii Ad Catullinum proconsulem Africae — dat. V id. Febr. Sirmi, Licinio V et Crispo cons. C. J. III 11, 4.
Ders. Adress. 17 Apr. 317.
- 10 Febr. Sirmii Profuturo praefecto annonae — dat. IIII id. Febr. Sirmio, Licinio V et Crispo cons. XI 29, 2 + C. J. III 11, 3.
IIII id.] Theod. VII id. Just. — *Constantino A. V et Licinio C. cons.* (319) Theod.; vgl. S. 29. — Ders. Adress. 13 Aug. — C. J. III 11, 3 u. 4 scheinen Fragmente desselben Gesetzes zu sein.
- 18 März Ad Bassum pu. — dat. XV kal. Apr. *pp.* IV kal. Apr. Romae, *ipso A. et C. cons.* XI 30, 8 + C. J. VII 57, 7.
Datum fehlt Theod.; Propositum fehlt Just. — *Constantino A. V et Licinio C. cons.* (319) Theod. *Constantino A. VI et Constantino C. cons.* (320) Just. Da beide Fragmente von Relationen handeln und dieselbe Adresse tragen, sind sie zu verbinden. Nach Adressat (s. 17 Apr. 317) und Consulat (s. S. 29) ist es möglich, dies Gesetz den Jahren 318 oder 319 zuzuweisen; der kurze Zwischenraum von Datum und Propositum führt darauf, dass Constantin damals in Italien war, was für 318 entscheidet. — XI 30, 1

(30 Dec. 313) u. XI 30, 5 + 6 (13 Aug. 316) werden citirt; XI 30, 9 (22 Juni 318) scheint Ergänzung zu diesem Gesetz zu sein.

- 1 Apr. Aquileiae { Ad populum — dat. kal. Apr. Aquileia, *ipso A. et C. cons.* IX 24, 1.
Constantino A. VI et Constantio C. cons. (320); vgl. S. 35. Das Jahr durch den Ort bestimmt.
- 4 Apr. Aquileiae { Ad Bassum vicarium Italiae — dat. prid. non. Apr. Aquileia, *ipso A. et C. cons.* IX 8, 1.
Constantino A. VI et Constantino C. cons. (320). Vgl. S. 35. — Ders. Address. 24 Sept. 317; vgl. 1 Oct. 315. — Das Fragment gehört seinem Inhalt nach mit dem vorhergehenden zusammen.
- 23 Mai Aquileiae Idem A. et C. ad Bassum pu. — dat. X kal. Jun. Aquileia, *Crispo Caes. cons.* IX 16, 3.
Crispo et Constantino Caes. cons. (321, 324). Das Jahr durch Ort u. Adressaten (s. 17 Apr. 317) bestimmt; vgl. S. 33.
- 22 Juni Aquileiae Ad Severum vicarium Italiae — dat. X kal. Jul. Aquileia, *ipso A. V et C. cons.* XI 30, 9.
Italiae fehlt; vgl. 15 März 321. — *Constantino V et Licinio C. cons.* (319); vgl. S. 29. Ders. Address. 30 Juli 318, 27 Apr. 319, 15 März 321 (vgl. 17 Juni 315). Sein Vorgänger zuletzt 4 Apr. 318, sein Nachfolger zuerst 18 Apr. 321. — Supplement zu XI 30, 8 (18 März 318); citirt XI 30, 6 (13 Aug. 316); wird eingeschärft und ergänzt XI 30, 11 (12 Juni 321).
- 23 Juni Dat IX kal. Jul. *ipso A. et Crispo Caes. cons.* I 27, 1 = Sirm. 17.
ipso A.] Constantinopoli A.; vgl. S. 28. — Wird citirt Sirm. 1 (5 Mai 333) als *olim promulgata lex*.
- 1 Juli Aquileiae Patroclo — dat. kal. Jul. Aquileia, *ipso A. V et C. cons.* XII 1, 6.
Constantino A. V et Licinio cons. (319); vgl. S. 29.
- 27 Juli Catullino proconsuli Africae — dat. VI kal. Aug. *ipso A. et C. cons.* C. J. VI 56, 3.
proconsuli] pp. Vgl. S. 43. — *Constantino A. VII et Constante cons.* (326). — Das Jahr ist nach dem Adressaten (vgl. 17 Apr. 317) bestimmt. Vgl. S. 35.
- 30 Juli Aquileiae Ad Severum vicarium Italiae — dat. III kal. Aug. Aquileia *ipso A. et C. cons.* VII 22, 2.
Titel fehlt; vgl. 22 Juni. — *Constantino A. VII et Constantio C. cons.* (326) vgl. S. 35. — Das Jahr ist nach Ort und Adressat bestimmt. Verschärft VII 22, 1 (16 Febr. 313); wird citirt XII 1, 18 (24 Nov. 326) u. 19 (4 Aug. 331).
- (13 Aug.) Ad Profuturum praefectum annonae — pp. id. Aug. *ipso A. V et C. cons.* III 1, 1 + XIV 3, 1.
Constantino A. V et Licinio C. cons. (319). Das Consulat gilt so gut für 318 wie für 319 (vgl. S. 29); wir haben das erstere Jahr vorgezogen, weil der Adressat 10 Febr. 318 nachweisbar ist.

- 318
(27 Aug.) Ad Catullinum *proconsulem* Africae — pp. VI kal. Sept. Karthagine, *ipso A. V et C. cons.* XI 16, 1. *proconsulem*] *pu.* Vgl. S. 43. — *Constantino A. V et Licinio cons.* (319); vgl. S. 29. Das Jahr nach dem Adressaten (s. 17 Apr. 317) bestimmt. — Wird citirt XV 3, 1 (7 Mai 319), vorausgesetzt XI 16, 2 (21 Mai 323).
- 7 Sept. Mediolanii Dat. VII id. Sept. Mediolano, acc. non. Oct. *ipso A. V et C. cons.* VIII 18, 2. *Constantino A. V et Licinio C. cons.* (319); vgl. S. 29. Die Subscription steht bei einem Gesetze, zu dem sie nicht gehört; vgl. 17 Juni 315 u. S. 25.
- 12 Oct. Aquileiae Imp. Constantinus A. et Caes. ad Bassum *pu.* — dat. IV id. Oct. Aquileiae, *ipso A. V et C. cons.* III 17, 1. *Constantino A. V et Licinio Caes. cons.* (319); vgl. S. 29. — Citirt II 4, 1 (4 Febr. 318). — Der Adressat hatte schon 1 Sept. 319 sein Amt niedergelegt; vgl. 1 Oct. 315.
- 24 Oct. Sirmii Ad Felicem praesidem Corsicae — dat. IX kal. Nov. Sirmio, *ipso A. et C. cons.* I 16, 3 + II 6, 2. *Constantino A. V et Licinio C. cons.* (319) II 6, 2. *Constantino A. IIII ei Licinio IIII Caes. consuli* (315) I 16, 3. Vgl. S. 29 u. 35. Ders. Adress. 22 Juli 319, 28 Juli 320, Praefectus Praetorio 18 Apr. 333 — 21 Oct. 335. — Setzt II 6, 1 (6 Mai 316) voraus.
- 16 Nov. Ad Verinum vicarium Africae — dat. XVI kal. Dec. Licinio V et Crispo C. cons. acc. prid. id. Mart. Karthagine, Constantino A. V et Licinio C. cons. (319) IX 15, 1. Derselbe Adressat 18 u. 29 März, 13 Apr. 319, 5 u. 20 Mai 321; vgl. 30 Jan. 314.
- 1 Dec. Sirmii Rufino pp. — dat. kal. Dec. Sirmio, *ipso A. V et C. cons.* V 2, 1. *Constantino A. V et Licinio C. cons.* (319). Das Jahr durch den Ort bestimmt; vgl. S. 29. — Ders. Adress. 27 Apr., 10 Aug. 319, 21 Mai 320. — Dies ist das älteste Gesetz, welches an einen Praefectus Praetorio gerichtet ist. Vgl. S. 199.
- 12 Dec. Sirmii Ad Catullinum *proconsulem* Africae — dat. prid. id. Dec. Sirmii, *ipso A. et C. cons.* XIV 25, 1. *Constantino A. IV et Licinio IV cons.* (315). Vgl. S. 35. Das Jahr durch Ort u. Adress. (vgl. 17. Apr. 317) bestimmt. — Anwendung von XI 3, 1 (1 Juli 313) auf einen analogen Fall.

319 Constantino A. V et Licinio C. cons.

- 15 Febr. Ad Januarium com. r. p. — dat. XV kal. Mart. C. J. VI 1, 5 + XI 68, 2. *com. or.* XI 68, 2; fehlt VI 1, 5. — Subscription fehlt XI 68, 2. — Das Gesetz vom 13 Juni zeigt, dass der Adress. im Reichstheil Constantins Beamter war; Comes Orientis kann er folglich nicht gewesen sein. XI 68, 2 handelt von Colonen der kaiserlichen Domänen, C. Th. IX 1, 2 von Confiscationen, was beides in den Geschäftskreis des Comes

- Rerum Privatarum hineingehört. Dass dieses Amt schon existierte, zeigt X 8, 2.
- (9 März) Pp. VII id. Mart. Karthagine C. J. XI 63, 1.
- 11 März Sirmii Ad Priscum rationalem — dat. V id. Mart. Sirmio X 8, 2.
- (18 März) Ad Verinum *vicarium Africae* — dat.
acc. XV kal. Apr. IX 21, 1.
Titel fehlt; vgl. 16 Nov. 318. — *dat. et acc.* — Wird verschärft IX 21, 2 (20 Nov. 321).
- (29 März) Ad Verinum *vicarium Africae* — pp. IV kal. Apr. Karthagine IX 34, 1.
Ders. Adr. 16 Nov. 318. — Verschärft IX 34, 2 (8 Nov. 313); wird citirt CIL. V 2781 (4 Dec. 320).
- 13 Apr. Sirmii Ad Lucium Verinum *vicarium Africae* — dat. id. Apr. Sirmio II 19, 1.
Titel fehlt; vgl. 16 Nov. 318. — Interpretirt II 19, 3 (26 Juli 313).
- 18 Apr. Sirmii { Maximiliano Macrobio — dat. XIV kal. Mai. Sirmio, Constantino A. et C. cons. IX 12, 2.
Constantino A. VII et Constantio C. cons. (326). —
Identisch mit dem folgenden, wodurch das Jahr bestimmt ist. Vgl. S. 35 u. 206.
- Ad Bassum *pu.* — pp. V id. Mai. Romae IX 12, 1.
pu. fehlt; vgl. 17 Apr. 317. — pp.] *dat.*
- 24 Apr. { Ad Proculum proconsulem Africae — dat. VIII kal. Mai. pp. VI kal. Aug. Constantino A. et Licinio cons. VI 35, 2 + C. J. VIII 52, 2.
proconsulem Africae fehlt Just. — *dat. VIII kal. Mai. Constantino A. V et Licinio C. cons.* Just. *dat. VI kal. Aug. Constantino A. IV et Licinio cons.* (315) Theod. — Ders. Adress. 7 Mai u. 26 Dec. 319, sein Vorgänger zuletzt 12 Dec. 318, wodurch das Jahr bestimmt ist. Vgl. S. 35. — VI 35, 2 hängt mit den folgenden Gesetzen so eng zusammen, dass ich es durch Aenderung des Datum in ein Propositum auf die gleiche Zeit bringen zu müssen glaubte.
27. Apr. Sirmii Ad Rufinum pp. — dat. V kal. Mai. Sirmio, *ipso A. V et C. cons.* VI 35, 3 + C. J. VI 22, 5.
Mai.] Theod. Mart. Just. — Constantino A. V et Licinio C. cons. Theod. Constantio A. V et Constant. CC. cons. Just. Vgl. S. 28. — Die Fragmente über die Privilegien der Palatinen und über das Testirrecht der Eunuchen gehören insofern zusammen, als ein grosser Theil des Hofgesindes aus Eunuchen bestand. — Der Adress. 1 Dec. 318. — Citirt VI 35, 1 (29 Oct. 313).
- Ad Severum *vicarium Italiae* — pp. X kal. Jun. Constantino A. et C. cons. VI 35, 15.
vicarium Italiae] *pu.*; vgl. 22 Juni 318 u. S. 43. — Constantino A. VI et Constantio C. cons. (320). Vgl. S. 35. — Wird VI 35, 3 § 1 (*vel servis castrensi peculio conquisitis*) vorausgesetzt; muss also entweder früher oder, was nach Inhalt und Tag des Propositum wahrscheinlich ist, gleichzeitig sein. Citirt VI 35, 1 (29 Oct. 313).

- Ad universos palatinos — *sine die et cons.* VI 35, 5.
dat. III non. Jul. Yscoi, Januarino et Justo cons. (328).
 Der Rechtsirrthum, gegen welchen dieses Gesetz sich wendet, war nach Erlass von VI 35, 3 nicht mehr möglich. Die letztere Verfügung wird als gleichzeitig abgesandt ausdrücklich erwähnt (*de qua re ad praefectos praetorio — scripta direximus*).
- (7 Mai) Ad Proculum proconsulem Africae — pp. non. Mai. Karthagine XV 3, 1.
 Ders. Adr. 24 Apr. — Citirt XI 16, 1 (27 Aug. 318).
- 30 Mai Ad provinciales — *dat. III kal. Jun. X 1, 3.*
 13 Juni Ad Januarium *com. r. p.* — *dat. id. Jun. acc. V kal. Aug. Corintho IX 1, 2.*
 Titel fehlt; vgl. 15 Febr. — *Jun.] Jan.* Die handschr. Lesung ergibt zwischen Datum und Acceptum einen unmöglichen Zwischenraum. Der Ort des Acceptum ist bei einem Hofbeamten auffallend, aber nicht unerklärlich.
- 19 Juni Ad Bassum pu. — *dat. XIII kal. Jul. Constantino A. et Licinio C. cons. C. J. II 12, 22.*
et Licinio Caes. II utrisque cons. Haloander, der die Subscription allein erhalten hat. — Ders. Adress. 17 Apr. 317.
- (15 Juli) Ad Bassum pu. — pp. id. Jul. IV 9, 1.
 pu. fehlt; vgl. 17 Apr. 317.
- 22 Juli Sirmii Have Felix carissime nobis — *dat. XI kal. Aug. Sirmio, Constantino A. et C. cons. XV 1, 4.*
Constantino A. IV et Constantio C. cons. Vgl. S. 35. — Ders. Adress. 24 Oct. 318, wonach das Jahr bestimmt ist.
- 25 Juli Naissi Ad Symmachum vicarium — *dat. VIII kal. Aug. Naisso II 15, 1.*
 Ders. Adress. 4 Febr. 318.
- 26 Juli Naissi Ad Bassum pu. — *dat. VII kal. Aug. Naisso, pp. Romae non. Oct. Constantino A. et C. cons. II 16, 2 = C. J. II 52, 5.*
 pu. fehlt. — *Constantino A. VIII et Constantino Caes. cons.* (329) Theod. Die ganze Subscription lautet im Just. *dat. non. Oct. Romae Constantino A. et Licinio utrisque II cons.* (nur durch Haloander überliefert). — Der Ort des Propositum zeigt, dass der Adressat der Praefectus Urbis, nicht der Praefectus Praetorio Bassus war (vgl. 1 Oct. 315). Dies in Verbindung mit dem Orte des Datum gibt für das Jahr die Entscheidung. Vgl. S. 35. — Da II 15, 1 u. II 16, 2 beide von der Restitutio in Integrum handeln und das Datum beinahe dasselbe ist, werden sie zu verbinden sein. — Wird citirt II 7, 2 (19 Juli 327).
- 29 Juli Ad Festum praesidem Sardiniae — *dat. IV kal. Aug. IX, 40, 3.*
- (10 Aug.) Ad Rufinum pp. — pp. IV id. Aug. Sirmio, Constantino A. et Licinio cons. VII 21, 1.
Constantino A. III et Licinio III cons. (313). Vgl. S. 32. Das Jahr durch den Adressaten (s. 1 Dec. 318) bestimmt.

319
16 Oct.

Ad Maximum pu. — dat. XVII kal. Nov. pp. VI kal. suprascriptas Romae III 5, 2.

Der Adress. war Stadtpräfekt 1 Sept. 319 — 13. Sept. 323. Vgl. 3 Febr. 316. — Von Naissus bis Rom sind nah an 1000 Milien; dass ein Eilbote, der Tag und Nacht reiste, diese Strecke in zehn Tagen zurücklegte, ist gleichwohl nicht unmöglich. — Abgeändert III 5, 6 (15 Jul. 335).

1 Nov. Serdicae

Ad Antiochum praefectum vigilum — dat. kal. Nov. Serdicae II 10, 1 + 2.

dat.] II 10, 1. pp. II 10, 2. — Ders. Adress. 6 Jan. und 30 Dec. 313.

20 Nov.

Ad Pacatianum vicarium Britanniarum — dat. XII kal. Dec. Constantino A. et Licinio C. cons. XI 7, 2.

Der Adress. Consul 332, Praefectus Praetorio 12 Apr. 332 — 17 Apr. 335.

26 Nov. Serdicae

Ad Januarinum vicarium urbis — dat. VI kal. Dec. Serdicae IX 37, 1.

vicarium urbis] pu. vgl. S. 43. — Ders. Adress. 4 Dec. 320, 20 Nov. 321. Sein Vorgänger Cassius zuletzt 13 Aug. 318 (s. 1 Mai 317).

Imp. Constantinus A. Bibuleno Restituto praesidi Sardiniae — dat. VIII id. Dec. Thessalonicae, acc. ipso A. VI et C. cons. (320) XI 7, 7.

Imp. Constantius et Constans AA. — Thessal. Constantio VI et Constante III AA. cons. (353 oder 354) ohne Lücke. — Dasselbe XI 7, 3 am 31. Jan. 320 als Edict wiederholt. Hierdurch und durch den Ort ist die Zeit bestimmt. Vgl. S. 28 und 39.

6 Dec. Thessalonicae

Imp. Constantinus A. ad Egnatium Faustinum praesidem Baeticae — dat. VIII id. Dec. Thessalonicae sine cons. XI 1, 4 + 9, 2.

Constantius XI 1, 4. — Adressat fehlt XI 1, 4. — VIII id.] XI 1, 4. prid. id. XI 9, 2. — Thessalonicae fehlt XI 9, 2. — Feliciano et Titiano cons. (337). In diesem Jahre kann kein Kaiser in Thessalonica gewesen sein. Das gleiche Tagdatum und der verwandte Inhalt weisen darauf hin, dass diese Fragmente mit XI 7, 7 zu verbinden sind. Vgl. S. 21.

(13 Dec.)

Crepereio Donatiano — pp. id. Dec. I 2, 4.

26 Dec.

Ad Proculum proconsulem Africae — dat. VII kal. Jan. I 12, 2 + IV 16, 1.

Titel fehlt IV 16, 1. — Ders. Adr. 24 Apr. — IV 16, 1 wird verschärft XI 30, 17 + 34, 1 (1 Aug. 331).

320 Constantino A. VI et Constantino C. cons.

30 Jan. Serdicae

Imp. Constantinus A. et Caesar ad Maximum pu. — dat. III kal. Febr. Serdicae, pp. id. Apr. Romae, ipso A. VI et C. cons. II 22, 1 + C. J. VI 7, 2.

320

et Caesar fehlt Just. — Datum fehlt Just., Propositum fehlt Theod. — *ipso A. VII et C. cons.* (326) Theod. *Const. A. VII et Const. CC. cons.* (326) Just. — Das Jahr durch Ort und Adressaten (s. 16 Oct. 319) gesichert. — Hebt IV 10, 1 (26 Juli 313) auf.

31 Jan. Serdicae

Ad populum — dat. prid. kal. Febr. Serdicae, pp. kal. Apr. Romae III 2, 1 + IV 11, 3 + VIII 16, 1 + XI 7, 3 + C. J. VI 9, 9 + 23, 15 + 37, 21.

Propositum nur VIII 16, 1 erhalten. — *prid. kal.*] III 2, 1; VIII 16, 1. *VI kal.* IV 11, 3. *kal.* XI 7, 3; Just. — *Serdicae* fehlt XI 7, 3. C. J. VI 37, 21. *Laodiceae* C. J. VI 9, 9 (Interpolation Haloanders, durch den die Subscriptionen des Just. allein überliefert sind). — Consulat fehlt C. J. VI 9, 9. *Constantino A. VII et Constantio cons.* (326) IV 11, 3. *Constantio A. et Constante A. CC. cons.* C. J. VI 23, 15. *Constantio II et Constante cons.* (339) C. J. VI 37, 21. — IV 11, 3 von ganz ähnlichem Inhalt, wie das Gesetz vom 30 Jan. XI 7, 3 ist identisch mit XI 7, 7 (6 Dec. 319) und zeigt dieselbe Tendenz wie IX 3, 1 (30 Juni 320). Noch weitergehend als C. J. VI 23, 15 sind II 24, 1 u. C. J. III 36, 26 (20 Mai 321) u. C. J. VI 21, 15 (11 Aug. 325). C. J. VI 23, 15; 37, 21 wird vielleicht interpretirt C. J. VI 36, 7 (30 Mai 332).

(25 März)

Ad Maximum pu. — pp. VIII kal. Apr. in foro Traiani, *Constantino A. et C. cons.* IX 19, 2.

Constantino A. VII et Constantio C. cons. (326). Das Jahr durch den Adressaten (s. 16 Oct. 319) bestimmt. Vgl. S. 35. — § 1 aufgehoben IX 1, 5 (22 Mai 321).

Ad populum — dat. id. Mai. *Constantino A. et C. cons.* IX 16, 2.

Constantino A. V et Licinio cons. (319). Die Zeit ist durch das folgende Gesetz bestimmt, welches mit diesem identisch ist; denn da der Adressat desselben erst seit 1 Sept. 319 im Amte war, kann ein Gesetz nicht am 15 Mai desselben Jahres an ihn gerichtet sein. Vgl. S. 35.

15 Mai

Ad Maximum pu. — pp. kal. Sept. Romae *Constantino A. et C. cons.* IX 16, 1.

pu. fehlt; vgl. 16 Oct. 319. — *Sept.*] *Febr.* Die Aenderung ist durch das Datum von IX 16, 2 nothwendig gemacht. — *Constantino A. V et Licinio C. cons.* (319). Vgl. S. 35. — Gestattet eine Ausnahme von X 10, 2 (1 Dec. 312); wird citirt XVI 10, 1 (17 Dec. 320).

19 Mai Serdicae

Ad Domitium Dracontium magistrum privatae rei Africae — dat. XIV kal. Jun. Serdicae X 1, 4.

Ders. Adr. 17 Apr. 321. — Einschärfung von X 1, 1 (13 Sept. 315).

21 Mai

Ad Rufinum pp. — dat. XII kal. Jun. *Constantino A. et C. cons.* XIII 3, 2.

Constantino A. VII et Constantio C. cons. (326). Vgl. S. 35. Das Jahr durch den Adressaten (s. 1 Dec. 318) bestimmt. — Erweiterung dieses Gesetzes XIII 3, 1 (1 Aug. 321).

22 Juni

Menandro pp. — dat. X kal. Jul. *Constantino A. et C. cons.* VIII 5, 4.

320

pp. fehlt. — *Constantino A. VII et Constantio C. cons.* (326). Vgl. S. 35. — Ders. Adress. 11 Jan., 11 Apr., 1 Aug. 321, 6 Juli 322; später nicht mehr nachweisbar. — Sein Titel fehlt überall, doch zeigt der Inhalt der an ihn gerichteten Gesetze, dass er Präf. Prät. gewesen sein muss.

30 Juni Serdicae

Ad Florentium rationalem — dat. prid. kal. Jul. Serdicae IX 3, 1.

Ders. Adress. 13 Apr. 323. — Von gleicher Tendenz wie XI 7, 3 (31 Jan. 320).

28 Juli

Furio Felici *praesidi Corsicae* — dat. V kal. Aug. II 11, 1.

Titel fehlt; vgl. 24 Oct. 318.

18 Aug. Serdicae

Ad Bassum *pp.* — dat. XV kal. Sept. C. J. I 51, 2.
Ders. Adress. 20 Mai 321; vgl. 1 Oct. 315.

Italis suis } dat. XV kal. Sept. Serdicae,
Provincialibus suis } *Constantino A. et C. cons.* V 8, 1 = C. J. IV 43, 2.

Sept.] Theod. S. Just. — *Serdicae* fehlt Just. — Consulat fehlt Just. *Constantino A. VIII et Constantino C. IV cons.* (329) Theod. Vgl. S. 35. — Wird citirt Vat. 34 (21 Juli 329); dies und der Ort bestimmen das Jahr. Wird abgeändert V 7, 1 (17 Apr. 331).

Ende Aug. Serdicae

. II kal. Sept. Serdicae, *Constantino A. et C. cons.* IV 11, 4.

Constantino A. VII et Constantio C. cons. (326); durch den Ort bestimmt. Vgl. S. 35.

30 Sept.

Ad Maximum rationalem Africae — dat. prid. kal. Oct. X 19, 1.

Ad Januarinum agentem vicariam praefecturam — *pp.* prid. non Dec. Romae IX 34, 3.

Ders. Adress. 26 Nov. 319, 20 Nov. 321.

Ad Maximum *pu.* — *sine die et cons.* IX 5, 1 = CIL. V 2781.

(4 Dec.)

pp. kal. Jan. *Volusiano et Anniano cons.* (314) Theod. fehlt CIL. Vgl. S. 21. Dass dies falsch ist, zeigt der Adressat (s. 16 Oct. 319) und die Bezugnahme von CIL. Z. 25 auf IX 34, 1 (29 März 319). Da IX 34, 3 dieselbe Bestimmung enthält, wie CIL. Z. 22 und seine Zeit in die Praefectur des Maximus fällt, habe ich die Stücke verbunden. — Wird z. Th. wiederholt IX 34, 4 (21 Oct. 328).

17 Dec. Serdicae

Ad Maximum *pu.* — dat. XVI kal. Jan. Serdicae, acc. VIII id. Mart. Crispo II et Constantino II *Caess. cons.* (321) XVI 10, 1.

pu. fehlt; vgl. 16 Oct. 319. — Citirt IX 16, 1; 2 (15 Mai 320).

321 Crispo II et Constantino II CC. cons.

11 Jan.

Menandro *pp.* — dat. III id. Jan. Crispo II et Constantino *cons.* IV 12, 2.

pp. fehlt; vgl. 22 Juni 220. — *Jan.*] *Jul.* Schon am 1 Aug. 321 (IV 12, 3) ist davon die Rede, dass dieses

321

Gesetz von Soldaten der *legio III Augusta*, welche in Africa stand (CIL. VIII S. XIX), übertreten werde. Wäre es erst am 13 Juli gegeben, so hätte es bis dahin gar nicht nach Afrika gelangen können.

6 Febr. Serdicae Ad Claudium praesidem Daciae — dat. VIII id. Febr. Serdicae II 19, 2.

Setzt noch ein näheres Erbrecht der Agnaten, als der Mutter voraus, was schon V 1, 1 (20 Mai 321) abgeändert wird.

27 Febr. Serdicae Petronio Probiano — dat. III kal. Mart. Serdicae IX 42, 1.

Der Adress. war wahrscheinlich Präf. Prät.; denn 322 ist er Consul und Cumulirung von Praefecturen und Consulaten ist unter Constantin häufig. Vgl. 25 Aug. 315.

(15 März) Ad Julium Severum vicarium Italiae — pp. id. Mart. VI 35, 4.

Julium Verum; vgl. 22 Juni 318. — Setzt das Gesetz vom 27 Apr. 319 voraus.

7 Apr. Ad edictum — dat. VII id. Apr. XII 6, 1.

Wird vorausgesetzt XII 5, 1 (30 Juli 325).

11 Apr. Sirmii Menandro *pp.* — dat. III id. Apr. Sirmio XV 1, 2. *pp.* fehlt; vgl. 22 Juni 320.

17 Apr. Sirmii Ad Domitium Dracontium *magistrum rei privatae Africae* — dat. XV kal. Mai. Sirmio, acc. XV kal. Jun. Karthagine XI 19, 1 + C. J. XI 62, 2.

Domitium fehlt Just. — Titel fehlt; vgl. 19 Mai 320. — Subscription fehlt Just. — Die Bestimmungen von C. J. XI 62, 2 sind entweder nur für Afrika erlassen oder bald wieder aufgehoben worden; andernfalls wäre III 30, 5 (18 April 333) nicht möglich gewesen.

Osio episcopo — dat. XIV kal. Mai. IV, 7, 1.

Hosius, Bischof von Corduba, ist 312 (Euseb. h. eccl. X 6, 2) und dann wieder 324—325 (Hefele, Conciliengeschichte I² S. 281) am Hoflager nachweisbar. — Wird citirt C. J. I 13, 1 (8 Juni 323).

Helpidio *vicario Italiae* — pp. V non. Jul. Caralis II 8, 1 + C. J. III 12, 2.

Titel fehlt; vgl. 30 Mai 321 u. 24 Sept. 317. — *Jul.*] Theod. *Mart.* oder *Mai.* Just. — *Caralis* fehlt Just. — Ders. Adress. 30 Mai. Als Präf. Prät. erwähnt Hieron. vit. Hilar. 14 p. 19. In diesem Amte scheinen die Gesetze vom 25 Dec. 323, 8 März 324 u. 4 Mai 326 an ihn erlassen zu sein. — Vgl. über dieses Gesetz S. 19.

Ad Maximum pu. C. J. VII 1, 4.

Unterschrift fehlt. Da das Amt des Adressaten in diese Zeit fällt (s. 16 Oct. 319) und der Gegenstand dieses Gesetzes mit dem der beiden andern der gleiche ist, habe ich es diesen angeschlossen. Vgl. S. 206.

5 Mai Brief Constantins an Verinus, Vicarius Africae, über Duldung der Donatisten. Zeitschr. f. Kirchengesch. X S. 534.

- (Ad Bassum pp. — dat. XIII kal. Jun. Sirmio II 6, 3 + V 1, 1 + XI 35, 1 + C. J. III 36, 26. pp. fehlt Just. — XIII kal. V 1, 1 — dat. n. k. Crispo II Const. cons. Just. — Ders. Address. 18 Aug. 320. — Dies Gesetz citirt V 1, 2 als *constitutio divi Constantini ad Bassum pp.* — V 1, 1 ändert eine Bestimmung ab, die noch II 19, 2 (6 Febr. 321) als bestehend vorausgesetzt wird. C. J. III 36, 26 bildet C. J. VI 23, 15 (31 Jan. 320) weiter fort.
- 20 Mai Sirmii Ad populum — pp. V non. Jul. Romae XVI 2, 4. Da dies Gesetz gleichfalls über Erbrecht handelt und der Tag des Propositum zu dem Datum des vorhergehenden passt, habe ich sie verbunden. Vgl. S. 206.
- Ad Verinum vicarium Africae. — pp. IV kal. Sept. II 24, 1. Titel fehlt; vgl. 16 Nov. 318. — pp.] dat. Da der Inhalt vollständig mit C. J. III 36, 26 übereinstimmt, glaubte ich die Gesetze verbinden zu müssen. Vgl. S. 206.
- 22 Mai Sirmii Ad Maximum pu. — dat. XI kal. Jun. Sirmio, acc. Romae, p. c. Constantini A. et C. IX 1, 5. Constantino A. VII et Constante cons. (326). Vgl. S. 35 u. 37. Das Jahr durch Adressat (s. 16. Oct. 319) und Ort bestimmt. — Hebt einen Theil von IX 19, 2 (25 März 320) auf; wird vorausgesetzt IX 7, 2 (25 Apr. 326).
- 30 Mai Viminacii Helpidio agenti vices praefectorum praetorio — dat. III kal. Jun. Viminacio C. J. VIII 10, 6. Ders. Address. 18 Apr. — Interpretation von XV 1, 1 (2 Febr. 313).
- 12 Juni Sirmii Ad Maximum pu. — dat. prid. id. Jun. Sirmio II 18, 1 + XI 30, 11. pu. fehlt; vgl. 16 Oct. 319. — Jun.] Jan. Die Aenderung durch den Ort geboten. — Bildet XI 30, 9 (22 Juni 318) weiter aus.
- 1 Juli Ad Junium Rufum consularem Aemiliae — dat. kal. Jul. IV 12, 1.
- (Menandro pp. — dat. kal. Aug. Crispo II et Constantino cons. IV 12, 3. pp. fehlt; vgl. 22 Juni 320. — Einschärfung von IV 12, 2 (11 Jan. 321).
- Ad Volusianum pp. — dat. et pp. kal. Aug. Sirmio, Crispo et Constantino CC. cons. XIII 3, 1. pp. fehlt; doch wird dem Address. dieser Titel C. J. IV 35, 21 beigelegt (vgl. 19 März 314). — dat. et fehlt. — Weitere Ausdehnung von XIII 3, 2 (21 Mai 320).
- 1 Aug. Sirmii Ad populum — sine die et cons. XIII, 3, 3. pp. V kal. Oct. Constantinopoli, Dalmatio et Zenofilio cons. (333). Dass dies keine spätere Wiederholung von XIII 3, 1 ist, zeigen die Eingangsworte: *beneficia divorum retro principum confirmantes*. Denn wenn Constantin selbst den Aerzten und Lehrern schon früher dieselben Privilegien gegeben hätte, könnte er sich nicht nur auf seine Vorgänger in der Herrschaft berufen. Vgl. S. 21.

321

- 14 Sept. Sirmii Ad Maximum pu. — dat. XVIII kal. Oct. Sirmio
I 4, 1 + IX 43, 1.
pp. I 4, 1; vgl. 16 Oct. 319. — IV kal. I 4, 1. — Sirmio
fehlt I 4, 1. — I 4, 1 wird interpretirt I 4, 2 (27 Sept. 328).
(20 Nov.) Ad Januarinum vicarium urbis — pp. XII kal. Dec.
Romae IX 21, 2.
Titel fehlt; vgl. 26 Nov. 319. — pp.] dat. Vgl. S. 38.
— Verschärft IX 21, 1 (18 März 319); wird citirt IX 21, 4
(4 Mai 326).
11 Dec. Decurionibus Agrippinensibus — dat. III id. Dec.
XVI 8, 3.
Beschränkung dieses Gesetzes XVI 8, 2 u. 4 (29 Nov.
u. 1 Dec. 330).

322 Probiano et Juliano conss.

- (9 Febr.) Ad Agricolanum — pp. V id. Febr. IX 1, 3.
(25 März) Ad Maximum pu. — pp. Romae VIII kal. Apr.
C. J. III 11, 5.
pu. fehlt; vgl. 16 Oct. 319.
23 Mai Sirmii Ad Maximum pu. — dat. X kal. Jun. Sirmio II
4, 2 + 18, 2.
12 Juni Sirmii Ad Maximum pu. — dat. prid. id. Jun. Sirmio IV
8, 4.
(6 Juli) Menandro pp. — acc. prid. non Jul. Romae XI
27, 2.
pp. fehlt; vgl. 22 Juni 320. — acc.] dat. Vgl. S. 38. —
Ein verwandtes Gesetz für Italien XI 27, 1 (17 Apr. 331).
20 Juli Sirmii Ad Maximum pu. — dat. XIII kal. Aug. Sirmio
IV 8, 5.
Ueber d. Adress. s. 16 Oct. 319. — § 4 wird citirt IV
8, 6 § 5 (15 Febr. 323).
26 Juli Savariae Ad Lusitanos — dat. VII kal. Aug. Savariae I 1, 1.
Camponae Sieg über die Sarmaten. S. 188 u. 194.
Donauübergang und Krieg im Feindeslande.
Margi Rückkehr auf römisches Gebiet.
Bononiae Vertheilung der sarmatischen Gefangenen.
(30 Oct.) Ad Maximum pu. — acc. III kal. Nov. Romae
IX 38, 1.
pu.] pp. vgl. 16 Oct. 319 u. S. 43. — Crispus († 326)
als lebend erwähnt. Vgl. Zeitschr. f. wissensch. Theol.
XXXIII S. 70.
18 Dec. Serdicae Ad Severum pp. — dat. XV kal. Jan. Serdicae
III 32, 1.
pp. fehlt; doch ergibt sich das Amt aus dem Inhalt
der an ihn gerichteten Gesetze vom 13 Apr. 323, 23 Jan.,
8 März 324; vgl. 17 Juni 315.

323 Severo et Rufino conss.

- 15 Febr. Thessalo- Ad Maximum pu. — dat. XV kal. Mart. Thessa-
nicae lonicae IV 8, 6.

Ueber d. Adress. s. 16 Oct. 319. — Citirt IV 8, 5; wird citirt in einem Rescript (C. J. VII 16, 40), das nach dem Adressaten zwischen 13 Sept. 323 und 4 Jan. 325 erlassen ist.

Ad Florentium *rationalem* — dat. id. Apr. *Byzantii* XI 30, 12 + XII 1, 8.

Florentinum XI 30, 12. — *rationalem* fehlt; vgl. 30 Juni 320. Zu dem Amte passt, dass das Gesetz von dem Beitreiben der Gefälle redet. — *Byzantii*] *Constantinopoli*; vgl. S. 40. Als Constantin zum Kampfe gegen die Gothen in den Reichstheil des Licinius eindrang, kann er auch nach Byzanz gekommen sein; s. S. 189 u. 194.

13 Apr. *Byzantii*

Ad Severum *pp.* — dat. id. Apr. C. J. III 12, 3.

pp. fehlt; vgl. 18 Dec. 322. — Bei Haloander fehlen die Consuln, doch hat er dafür den Ort *Sirmi*; dies ist eine Interpolation, welche wahrscheinlich an eine handschriftliche Verstümmelung des Namens *Severo* anknüpft. Da Constantin von Thessalonica aus gegen die Gothen zog, welche im Osten seines Reiches plünderten (S. 189), so ist kaum anzunehmen, dass er auf dem Feldzuge nach Sirmium, also nach Nordwesten gekommen sei.

28 Apr.

Imp. Constantinus A. et C. — dat. IV kal. Mai. VII 1, 1 + 12, 1.

Das Gesetz redet von Barbareneinfällen und wird daher mit dem Plünderungszuge der Gothen in Zusammenhang gebracht. S. 194.

21 Mai

Ad Ulpium Flavianum consularem Aemiliae et Liguriae — dat. XII kal. Jun. lecta apud acta XI 16, 2.

Setzt XI 16, 1 (27 Aug. 318) voraus.

8 Juni

Ad Protogenem episcopum — dat. VI id. Jun. Severo et Rufino cons. C. J. I 13, 1.

Sabino et Rufino cons. (316); vgl. S. 31. Protogenes ist als Bischof von Serdica zuerst im Theilnehmerverzeichniss des Concils von Nicaea (325) nachweisbar (Mansi, Conciliorum collectio II S. 696). Auf dem Zuge gegen die Gothen, bei welchem er wahrscheinlich Serdica berührt hat, wird Constantin mit ihm zusammengetroffen sein und daraus Anlass genommen haben, dies Gesetz gerade an ihn zu richten. Ins Jahr 316 kann es nicht fallen, da es IV 7, 1 (18 Apr. 321) citirt.

25 Dec. *Sirmii*

Krieg gegen die Gothen. S. 189 u. 194.

Ad Helpidium *pp.* — dat. VIII kal. Jan. *Sirmio* XVI 2, 5.

pp. fehlt; vgl. 18 April 321. — *Jan.] Jun.* Die Aenderung durch den Ort geboten; vgl. 13 April. — Das Gesetz redet davon, dass die Christen *ad lustrorum sacrificia celebranda* gezwungen worden seien; wahrscheinlich ist dies bei den Quindecennialien des Licinius (11 Nov. 323) vorgekommen. Denn die alle fünf Jahre wiederkehrenden Thronbesteigungsfeste können sehr gut durch das Wort *lustrum* bezeichnet werden.

(31 Dec.)

Pp. prid. kal. Jan. Castulone XI 9, 1.

Wird verschärft XI 7, 4 (18 Mai 327).

324 Crispo III et Constantino III CC. cons.

- 19 Jan. Sirmii Dalmatio — dat. XIV kal. Febr. Sirmio, Crispo III et Constantino III cons. XII 17, 1.
Constantino II. Das Jahr durch den Ort gesichert. — Ders. Adress. Febr. 324. Es ist wahrscheinlich der Bruder Constantins.
- 23 Jan. Sirmii Ad Severum pp. — dat. X kal. Febr. Sirmio, acc. non. Apr. Crispo et Constantino CC. cons. VI 22, 1.
 pp.] pu. vgl. 18 Dec. 322 u. S. 43. — *Crispo II et Constantino II CC. cons.* (321). Vgl. S. 32. Das Jahr durch den Ort gesichert. — Eine andere Ausfertigung desselben Gesetzes XII 1, 25 trägt die Unterschrift: dat. V kal. Nov. *Emesa, Urso et Polemio cons.* (338).
- Febr. Naissi Ad Dalmatium — dat. Naisso sine die et cons. C. J. V 17, 7.
 dat. *Naesso Feliciano et Titiano cons.* (337). In diesem Jahre ist Constantin nicht in Naissus gewesen; doch muss er 324, um von Sirmium nach Thessalonica zu gelangen, jene Stadt berührt haben. Da ausserdem auch am 19 Jan. 324 derselbe Adressat vorkommt, haben wir das Rescript zweifelnd dieser Zeit zugeschrieben. Vgl. S. 21.
- 8 März Thessalonicae { Helpidio pp. — dat. VIII id. Mart. Thessalonicae XIII 5, 4.
 pp. fehlt; vgl. 18 Apr. 321. — Diese Bestimmung verallgemeinert XIII 5, 5 (18 Sept. 326).
 Ad Severum pp. — sine die et cons. XIII 5, 8.
 pp. fehlt; vgl. 18 Dec. 322. — dat. XIV kal. Jun. *Nepotiano et Facundo cons.* (336). — Eine andere Ausfertigung des vorhergehenden Gesetzes. Hierdurch und durch den Adressaten ist die Zeit bestimmt. Vgl. S. 21 u. 206.
- 9 Apr. Thessalonicae Ad Verinum pu. — dat. V id. Apr. Thessalonicae, pp. III kal. Jun. Romae, Crispo et Constantino CC. cons. II 17, 1.
 pu. fehlt. — *Crispo II et Constantio II CC. cons.* (321). Vgl. S. 32. — Das Amt des Adressaten ist durch den Ort des Propositum und den Inhalt (§ 2) festgestellt; das Jahr durch die Zeit von Verinus' Stadtpraefectur (13 Sept. 323 — 4 Jan. 325; vgl. 30 Jan. 314) und den Ort des Datum.
- 11 Apr. Lucio Verino pu. — dat. III id. Apr. *Constantino C. cons.* XIV 4, 2.
 pu. fehlt. — *Constantino A. VII et Constantio C. cons.* (326). Vgl. S. 33. Der Inhalt zeigt, dass das Gesetz an Verinus während seiner Stadtpraefectur gerichtet ist, wodurch auch das Jahr feststeht; vgl. 9 Apr.
- 3 Juli Hadrianopoli (9 Juli) Erster Sieg über Licinius. S. 189.
 Ad Hilarianum proconsulem Africae — pp. VII id. Jul. Karthagine XII 1, 9.
 Ueber den Adressaten vgl. 30 Jan. 316.

324

- Byzantii Belagerung von Byzanz. S. 189.
 18 Sept. Chalcedone Entscheidungsschlacht gegen Licinius.
 Nicomediae Verfolgung des Licinius nach Nicomedia. S. 195.
 8 Nov. Constantius zum Cäsar ernannt. Idat. fast. 324.
 CIL. I S. 354.
 (16 Dec.) Ad Constantium pp. — pp. XVII kal. Jan. XV
 14, 1.
Jan.] Jun. Das Gesetz hebt die Verfügungen des
 Licinius auf, was erst nach dem Siege geschehen sein
 kann; vgl. S. 192. — Ders. Adress. 17 Sept. 7 Oct. 325,
 11 Juni 327; Consul 327; vgl. 22 Jan. 315.

325 Paulino et Juliano cons.

- 12 Febr. Ad universos provinciales — dat. prid. id. Febr.
 XV 14, 2.
 Interpretation von XV 14, 1 (16 Dec. 324).
 25 Febr. Nicome- Ad Silvium Paulum *vices praefectorum* ag. Ital. —
 diae dat. V kal. Mart. Nicom. I 15, 1.
Paulum mag. ita. Der Inhalt zeigt, dass das Gesetz
 an eine über den Provincialstatthaltern stehende Instanz
 gerichtet ist.
 20 Mai Nicaeae Eröffnung des Concils durch den Kaiser. S. 195.
 23 Mai Nicaeae Ad Severum pu. — dat. X kal. Jun. Nicaeae, pp.
 III kal. Aug. I 2, 5 + II 18, 3.
 Datum fehlt II 18, 3; Propositum fehlt I 2, 5. — Der
 Adress. war Stadtpräfect 4 Jan. 325 — 13 Nov. 226, vgl.
 17 Juni 315. — I 2, 5 interpretirt XI 30, 6 (13 Aug. 316).
 19 Juni Nicaeae Beschluss des Concils über das Symbolum. S. 195.
 (19 Juli) Ad Euphrasium rationalem trium provinciarum —
 pp. XIV kal. Aug. XII 6, 2 + 7, 1.
pp.] XII 7, 1. dat. XII 6, 2. Vgl. S. 38.
 25 Juli Nicomediae Feier der Vicennalien. S. 186.
 30 Juli Nicomediae Tiberiano comiti per Africam — dat. Nicomediae
 III kal. Aug. acc. Constantino A.
 VII et Constantio C. cons. (326) XII 5, 1.
III kal. Aug. Constantino A. VII et Constante C.
cons. ohne Lücke. Das Jahr durch den Ort bestimmt.
 Vgl. S. 39. — Derselbe Adress. 24 Nov. 326. Ein gleich-
 namiger Comes Hispaniarum 17 Oct. 332; Vicarius Hispa-
 niarum 15 Juli 335; Präf. Prät. Galliarum 336 Hieron.
 chron. 2352; C. J. XI 60, 1. — Einschärfung von XII 6, 1
 (7 Apr. 321),
 11 Aug. Nicomediae Ad populum — dat. III id. Aug. Nicomediae,
 Paulino cons. C. J. VI 21, 15.
Optato et Paulino cons. (334). Das Jahr durch den
 Ort bestimmt; vgl. S. 31. Der Inhalt weist auf die Zeit
 nach einem grossen Kriege hin, wie er kurz zuvor gegen
 Licinius geführt war. — Von ähnlicher Tendenz C. J. VI
 23, 15 (31 Jan. 320).

325

(17 Sept.)

Ad universos provinciales — pp. XV kal. Oct. Nicomediae IX 1, 4.

Ad Constantium pp. — acc. IV kal. Oct. Antiochiae I 5, 1.

Ad Constantinum pu. Vgl. S. 43. — acc.] *data.* Vgl. S. 38. — *octb.* ist in der Hdschr. in *setb.* corrigirt, doch da dies Fragment dem Begleitschreiben zu dem vorhergehenden Edict entnommen zu sein scheint, ist die ursprüngliche Lesung wohl die richtige. — Ueber den Address. s. 16 Dec. 324. — Ergänzung dieses Gesetzes X 4, 1 (5 März 326).

17 Sept. Nassete

Aurelio Helladio — dat. Nassete XV kal. Oct. XI 39, 1.

Naisso. Den von mir hergestellten Ort nennt das Itin. Hieros. 571, 11 als 7½ Milien von Chalkedon entfernt. — Ders. Address. 8 März 326.

(1 Oct.)

Maximo vicario Orientis — pp. Beryto kal. Oct. XV 12, 1.

vicario Orientis] pp. Vgl. S. 43. — Ders. Address. 7 Oct. 325 und C. J. XI 50, 1; vgl. 3 Febr. 316. — Dem Inhalte nach jünger als IX 18, 1 (1 Aug. 315) und IX 40, 2 (21 März 316). Die Anfangsworte (*in otio civili et domestica quiete*) spielen auf den kürzlich beendeten Bürgerkrieg an.

7 Oct.

Ad Constantium pp. — dat. non Oct. XII 1, 11 + C. J. XI 68, 1.

Unterschrift fehlt Just. — Ders. Address. 16 Dec. 324.

Ad Maximum vicarium Orientis — pp. XV kal.

Jan. Antiochiae VII 20, 4 + XII 1, 10 + 12.

vicarium Orientis] XII 1, 12. *pu.* VII 20, 4. fehlt XII 1, 10. — XV kal.] VII 20, 4. V *id.* XII 1, 10. VIII kal. XII 1, 12. — Jan.] XII 1, 12. Jul. VII 20, 4; XII 1, 10. — Antiochiae fehlt XII 1, 12. — Ders. Address. 1 Oct. — Der Inhalt von XII 1, 10 identisch mit XII 1, 11.

17 Oct.

Ad Euagrium pp. — dat. XVI kal. Nov. acc.

. Jan. Constantino A. VII et Constantio

C. cons. (326) XII 1, 13 = 22.

dat. XVI kal. Jun. Constantino A. VII et Constantio C. cons. XII 1, 13. *dat. XI kal. Sept. Constantinopoli Neptiano et Facundo cons.* (336) XII 1, 22. Vgl. S. 21 und 39. — Die beiden Fragmente sind untereinander und mit XII 1, 10 und 11 identisch, wonach die Zeit bestimmt ist. — Ders. Address. 3 Febr., 15 März, 25 Apr., 11 Aug., 22 Nov. 326, 13 Aug., 18 Sept. 329, 4 Aug. 331. — Der Inhalt setzt VIII 4, 1 (28 Apr. 315) voraus.

25 Oct. Heracleae

Ad Lucretium Paternum — dat. VIII kal. Nov.

Heracleae, acc. Constantino A. et C.

cons. (326) XII 1, 17.

Heracleae Constantino A. VIII et Constantio IV cons. (329) ohne Lücke. Vgl. S. 35 u. 39. Die Zeit ist durch den Ort und den Zusammenhang dieses Gesetzes mit den vorhergehenden gesichert. — Ein Paternus war 333–335 Praefect von Aegypten (Larsow, Die Festbriefe des h. Athanasius S. 28).

Floriano praesidi — *pp.* kal. Mart. in civitate Belovacorum Constantino *A. et C.* cons. (326) VII 20, 1 + 2.

pp.] dat. — *Velovocorum.* — Constantino *A. VI et Constantio C.* cons. (320). — VII 20, 1 trägt die Unterschrift: *pp. IIII id. Apr. Licinio V et Crispo Caesare cons.* (318). Doch ist darin der Sieg vom 3. Juli 324 erwähnt. Vgl. S. 23. Dies Gesetz hängt seinem Inhalte nach mit VII 20, 4 zusammen. Da auch der Tag des Propositum dazu passt, haben wir sie vereinigt. Vgl. S. 206.

326 Constantino A. VII et Constantio C. cons.

(Ad Euagrium *pp.* — *dat.* III non. Febr. Heracleae IX 3, 2.

pp. fehlt; vgl. 17 Oct. 325.

Africano v. c. — *dat.* III non. Febr. Heracleae IX 7, 1.

3 Febr. Heracleae

(Ad Severum pu. — *sine die et cons.* XV 8, 1.

dat. IV non. Jul. Hierapoli Placido et Romulo cons. (343); vgl. S. 21. Da die Ueberschrift Constantin nennt und unter Constantius auch kein Severus Stadtpraefect gewesen ist, so muss die Unterschrift falsch sein. Nach der Amtszeit des Adressaten (s. 23 Mai 325) und der Aehnlichkeit des Gegenstandes haben wir dies Gesetz mit IX 7, 1 zusammengestellt. Vgl. S. 206.

5 März Heracleae

(Ad Philippum vicarium urbis — *dat.* III non. Mart. Heracleae, Constantino *A. et C.* cons. X 4, 1.

Constantino *A. III et Licinio cons.* (313). Vgl. S. 35. Das Jahr bestimmt durch den Ort. — Nachtrag zu IX 1, 4 (17 Sept. 325).

(Ad Bassum *pp.* — *pp.* VIII id. Mart. Byzantii II 10, 4.

Byzantii] Constantinopoli; vgl. S. 40. — Ders. Adress. 18 Juli u. 25 Sept.; vgl. 1 Oct. 315.

(8 März)

(Helladio — *pp.* III kal. Apr. *p. c.* Paulini et Juliani II 10, 3.

pp.] dat. Vgl. S. 38. — *Paulino et Juliano cons.* (325). Vgl. S. 37. Identisch mit II 10, 4, wodurch die Zeit bestimmt ist. Vgl. S. 206. — Ders. Adress. 17 Sept. 325.

(15 März)

(Ad Euagrium *pp.* — *pp.* id. Mart. Constantino *A. et C.* cons. XII 1, 1.

pp. fehlt; vgl. 17 Oct. 325. — Constantino *A. III et Licinio III cons.* (313). Vgl. S. 35. Das Jahr nach dem Adressaten bestimmt. — Ergänzung zu dem Gesetz vom 17 Oct. 325.

(Ad Dracilianum agentem vices praefectorum praetorio. — *pp.* Caesareae XV kal. Mai. *p. c.* Paulini et Juliani II 33, 1.

Paulino et Juliano cons. (325). Vgl. S. 37. — Am 7. Oct. 325 ist noch Maximus Vicarius Orientis; das Gesetz muss also später sein. — Der Adr. noch 1 Sept. u. Euseb. vit. Const. III 31.

(17 Apr.)

326

Ad populum C. J. IV 32, 25.

Unterschrift fehlt, doch weist der ähnliche Gegenstand auf einen Zusammenhang mit II 33, 1 hin. Vgl. S. 206.

(25 Apr.)

Ad Euagrium pp. — pp. Nicomediae VII kal. Mai. IX 7, 2.

Ueber d. Adress. s. 17 Oct. 325. — Das Gesetz ist vielleicht durch das Adulterium hervorgerufen, welches der Kaiser in diesem Jahre an seiner eigenen Frau und seinem Sohne Crispus zu rächen hatte. Idat. fast. 326. Sozom. I 5. Vgl. Zeitschr. f. wissensch. Theolog. XXXIII S. 71. Es setzt IX 1, 5 (22 Mai 321) voraus.

4 Mai

Helpidio pp. — dat. IV non. Mai. Constantino A. et C. cons. IX 21, 4.

pp. fehlt; vgl. 18 Apr. 321. — Constantino A. VIII et Constantio IV cons. (329). Vgl. S. 35. Das Jahr ist wegen des Adressaten geändert. — Milderung von IX 21, 2 (20 Nov. 321).

13 Mai Sirmii

Ad populum — dat. III id. Mai. Sirmio ipso A. VII et C. cons. II 16, 1 + III 30, 3 + C. J. V 72, 4.

III id. Mart. Theod. id. Mart. Just. — Sirmio fehlt Just. — ipso A. VII] II 16, 1. cp. VII Just. Constantino A. VII III 30, 3. — Constantio Caes. III 30, 3. Constante C. Just. Constantio Caes. IV II 16, 1. Vgl. S. 28. Die Aenderung des Monats durch den Ort geboten. — Ein verlorenes Fragment dieses Gesetzes scheint citirt III 1, 3.

(1 Juni)

Ad Ablabium pp. — pp. kal. Jun. XVI 2, 6.

Ders. Adress. 18 Sept., vgl. über ihn CIL. III S. 66; Hermes XXII S. 319. Larsow, Die Festbriefe des Athanasius S. 80. Sidon. epist. V 8. — In einer zweiten Praefectur, mit der er 331 das Consulat cumulierte, sind an ihn Gesetze vom 29 Nov. 330 — 13 Nov. 333 gerichtet. — Wird citirt XVI 2, 3 (18 Juli 326).

(14 Juni)

Ad populum — pp. XVIII kal. Jul. Caesareae, Constantino A. VII et C. cons. C. J. V 26, 1.

17 Juni Veronae

Mastichiano praefecto annonae — dat. XV k. Julias Veronae, ipso A. VII et C. cons. C. J. VI, 62, 1.

pp. XV k. lastronae Constantio A. VII et Constante cl. Caes. cons. (354) Haloander, der allein die Unterschrift erhalten hat. Auch nach der Reihenfolge der Constitutionen kann das Consulat nicht richtig sein. Vgl. S. 28. Von ähnlicher Tendenz V 2, 1 (1 Dec. 318).

6 Juli Mediolanii

Ad Tertullum Africae — dat. prid. non. Jul. Mediolano IX 21, 3.

Tertullum pu. Africae. Welcher Amtstitel zu ergänzen ist, bleibt ungewiss; vgl. S. 43.

(18 Juli)

Ad Bassum pp. — pp. XV kal. Aug. Constantino A. et Constantio C. cons. XVI 2, 3.

Constantino A. VI (320). Vgl. S. 32. — Ders. Adress. 8 März. — Citirt und ergänzt XVI 2, 6 (1 Juni 326).

21 Juli Romae

Einzug Constantins in Rom. S. 186.

25 Juli Romae

Feier der Vicennalien.

- (Ad Severum pu. — recitata III non. Aug. in palatio X 8, 3.
Ueber d. Adress. s. 23 Mai 325. — Ein Gesetz ganz ähnlichen Inhalts, wie hier nach den Vicennalien, ist auch nach den Decennalien Constantins IV 13, 1 (Anf. Jan. 316) an den Präfectus Urbis erlassen worden.
- 3 Aug. Romae (Ad Severum rationalem Africae — *sine die et cons.* X 1, 2.
pp. XVI kal. Jun. Romae in foro Traiani Constantino A. V et Licinio C. cons. (319). Die Unterschrift muss schon deshalb falsch sein, weil ein nach Afrika adressirtes Gesetz nicht in Rom ausgestellt sein kann; s. S. 13 u. 21. Der Inhalt zeigt die Zusammengehörigkeit mit dem vorhergehenden. Vgl. S. 206. Ueber d. Adress. vgl. 17 Juni 315.
- (Ad Euagrium pp. — dat. III id. Aug. *ipso A. et C. cons.* VII 20, 7 = C. J. XII 46, 3.
Die Ueberschrift nennt den Constantius. — *pp.*] Just. pu. Theod. — *Constantio A. VI et Constante II cons.* (353). Das Jahr ist durch den Adressaten (s. 17 Oct. 325) und durch den Zusammenhang dieses Gesetzes mit dem folgenden bestimmt. Vgl. S. 28 und 35.
- 11 Aug. (Ad universos veteranos — *pp.* III id. Oct. *Byzantii*, Constantino A. et C. cons. VII 20, 3.
pp.] dat. — *Byzantii*] Constantinopoli, vgl. S. 40. — *Constantino A. VI et Constantio C. cons.* (320). Vgl. S. 35. — Das Gesetz ist durch den Ort des Propositum, der 320 noch gar nicht im Besitze Constantins war, und durch den Hinweis auf das vorhergehende (*iuxta nostrum praeceptum*) datirt. Auch entspricht sein Inhalt den Zeitverhältnissen nach der Besiegung des Licinius, wo ein grosser Theil des Heeres entlassen war und die Veteranen sich beschäftigungslos herumtrieben.
- (1 Sept.) (Ad Dracilianum vicarium Orientis — *pp.* kal. Sept. Beryto XVI 5, 1.
Titel fehlt; vgl. 17 Apr. — *Beryto*] Gerasto. — Dasselbe war für Afrika schon vor dem 15 April 313 bestimmt (Euseb. h. eccl. X 7; vgl. August. epist. 88, 2). Der Erlass eines Ketzergesetzes auch für den Orient passt in die Zeit bald nach dem Concil von Nicaea.
- 18 Sept. (Ad Ablabium pp. — dat. XIV kal. Oct. XIII 5, 5.
Ders. Adress. 1 Juni. — Eine Bestimmung, welche 8 März 324 für Spanien gegeben war (XIII 5, 4; 8), wird auf das ganze Reich ausgedehnt.
- 25 Sept. Spoleti (Ad Bassum pp. — dat. VII kal. Oct. Spoleti XVI 5, 2.
pp. fehlt; vgl. 8 März. — Knüpft an ein verlorenes Gesetz an, das um das J. 318 oder 319 gegeben zu sein scheint. Zeitschr. f. Kirchengesch. X S. 547.
- 23 Oct. Mediolanii Severo pu. — dat. X kal. Nov. Mediolano IV 22, 1.
pu. fehlt; vgl. 23 Mai 325.
- 22 Nov. Aquileiae (Ad Euagrium pp. — dat. X kal. Dec. Aquileiae, Constantino A. VII et Constantio cons. C. J. II 19, 11.
Dec.] Oct. — *Constantio A. VII* (354). Das Jahr ist durch den Adressaten (s. 17 Oct. 325) und die Ueberschrift,

326

welche den Namen Constantins nennt, bestimmt. Die Aenderung des Monats durch den Ort geboten.

(Ad viros clarissimos praefectos praetorio — dat. VIII kal. Dec. ipso A. VII et C. cons. VI 27, 1 + VII 13, 1 + 21, 2 + VIII 4, 5 + 7, 4—6 + XII 1, 14 + 18.

Die Ueberschrift nennt Constantin XII 1, 14; 18, Constantius VI 27, 1; VII 13, 1; 21, 2; VIII 4, 5; 7, 4—6. — *viros clarissimos* fehlt VI 27, 1; VII 13, 1; 21, 2; VIII 7, 5; 6; XII 1, 14. — VIII kal. Dec.] XII 1, 14. VII kal. Dec. XII 1, 18. VIII id. Mart. VI 27, 1. prid. id. Mai. VIII 7, 4. kal. Mai. VII 21, 2. prid. non. Mai. VIII 4, 5. prid. non. Jul. VII 13, 1. prid. non. Oct. VIII 7, 6. XV kal. Jun. VIII 7, 5. — Constantino A. VII VIII 4, 5. XII 1, 14; Constantio A. VII VI 27, 1; VIII 7, 4—6. Constantio A. VI VII 13, 1; 21, 2. Constantino A. VIII XII 1, 18. — et C.] VII 13, 1. et Constantio C. XII 1, 14. et Constantio IV XII 1, 18. et Constante C. VI 27, 1. et Constante II VII 21, 2. et Constante Caes. II VIII 5, 4; 7, 4—6. Vgl. S. 28. — Die Zusammengehörigkeit der Fragmente ist durch die Ueberschrift und den übereinstimmenden Inhalt gesichert. Es ist eine detaillirtere Erneuerung des Gesetzes, welches 7—25 Oct. 325 erlassen war. Die Zeit bestimmt sich dadurch, dass XII 1, 18 für den Eintritt in die Curie noch die vorconstantinische Altersgrenze von 25 Jahren gilt (denn jedenfalls ist XXV für XXXV zu schreiben), welche auch VII 22, 2 (30 Juli 318) vorkommt, aber schon am 20 Febr. 329 (XII 1, 7; vgl. 19) auf 18 Jahre, und vom Constantius um 343 gar auf 16 herabgesetzt wurde (VII 22, 4). Dazu kommt die Uebereinstimmung dieses Gesetzes mit dem sicher datirten XII 1, 15, dessen Propositum uns auch bestimmt hat, von den überlieferten Daten das späteste zu wählen.

Ad Annium Tiberianum comitem *per Africam* — pp. XI kal. Mai. Karthagine Constantio et Maximo cons. (327) XII 1, 15.

per Africam fehlt; vgl. 30 Juli 325. — Der Inhalt stimmt mit dem des vorhergehenden Gesetzes überein und das Propositum passt gut zu dem Datum desselben. Vgl. S. 206.

31 Dec. Sirmii

Idem A. et Caes. ad populum — dat. prid. kal. Jan. Sirmio, ipso A. VII et Caes. cons. III 17, 2 + X 1, 5.

Ueberschrift fehlt X 1, 5. — Sirmio fehlt III 17, 2. — Constantino A. VII et Constantio C. cons. X 1, 5. Vgl. S. 28.

327 Constantio et Maximo cons.

21 Jan.

Ad Maximum pp. — dat. XII kal. Febr. I 5, 2.

Ders. Adress. 27 Sept. 29 Dec. 328; vgl. 3 Febr. 316. — Wird vorausgesetzt I 5, 3 (20 Oct. 331).

27 Febr. Thessalonicae

Acacio comiti Macedoniae — dat. III kal. Mart. Thessalonica XI 3, 2.

Ein gleichnamiger Comes, der aber im Orient thätig ist, bei Euseb. vit. Const. III 53, 2; 62, 1.

- 6 März Juliano pu. — dat. prid non. Mart. acc. Romae VI 4, 2.
Der Adress. war Stadtpraefect 13 Nov. 326 — 7 Sept. 329; vgl. über ihn Seeck, Symmachus S. XCII. — Wird vorausgesetzt VI 4, 1 (9 März 329).
- 18 Mai Serdicae Ad Afros. — dat. XV kal. Jun. Serdicae XI 7, 4.
Verschärft XI 9, 1 (31 Dec. 323); scheint vorausgesetzt zu werden XI 30, 14 (31 Juli 327).
- 11 Juni Byzantii Ad Constantium pp. — dat. III id. Jun. *Byzantii* II 24, 2.
Byzantii] *Constantinopoli*; vgl. S. 40. u. 197. — Ueber d. Adress. s. 16 Dec. 324.
- 19 Juli Ad Julianum pu. — dat. XIV kal. Aug. pp. Romae II 7, 2.
Ueber d. Adress. s. 6 März. — Citirt II 15, 1 + II 16, 2 (25 u. 26 Juli 319).
- 31 Juli Victori rationali urbis Romae — dat. prid. kal. Aug. XI 30, 14.
Ist vielleicht durch die Erfahrungen, welche man bei der Ausführung von XI 7, 4 (18 Mai 327) machte, hervorgerufen.
- 3 Aug. Heracleae Ad Julianum pu. — dat. III non. Aug. Heracleae, p. c. Constantini A. VII et Constantii C. XI 30, 13 + III 32, 2 = C. J. VII 62, 17.
III 32, 2 ist von der Unterschrift nur *dat.*, von der Ueberschrift nur *impp.* erhalten, doch zeigt der Inhalt, dass das Gesetz an einen Stadtpraefecten gerichtet sein und mit XI 30, 13 zusammenhängen muss. C. J. VII 62, 17 bietet denn auch die richtige Ueberschrift, die Unterschrift fehlt auch hier. C. J. V 71, 18 ist ein anderes Stück von C. Th. III 32, 2 erhalten, doch Ueberschrift und Unterschrift sind nicht zugehörig, sondern III 32, 1 entnommen. — *Constantino A. VII et Constantio Caes. III cons.* XI 30, 13. Die Reihenfolge der Constitutionen zeigt, dass damit 326 gemeint ist; doch am 3 Aug. dieses Jahres war weder der Adressat im Amte (vgl. 6 März), noch kann Constantin in Heraklea gewesen sein. Vgl. S. 37. — III 32, 2 scheint mit XI 30, 14 (31 Juli 327) zusammenzuhängen; XI 30, 13 wird interpretirt XI 30, 18 (19 Juni 329).

Helenopoli Gründung von Helenopolis. S. 195.

328 Januarino et Justo cons.

- 1 März Nicomediae Ad Cerealem praefectum annonae — dat. kal. Mart. Nicomediae, acc. VIII id. Apr. Romae XIV 24, 1.
- (17 Apr.) Tod des Alexander, Bischof von Alexandria, Larsow, Die Festbriefe des h. Athanasius. S. 26.

328

(24 Apr.)

Ad edictum Chalcedonensium et Macedoniensium
— acc. VIII kal. Mai. *sine cons.* XI 16, 3.

Crispo III et Constantino III AA. cons. (324). Vgl. S. 21. Die Ueberschrift zeigt, dass das Gesetz zu einer Zeit gegeben ist, wo Constantin bereits Herr im Orient war, also nach dem 18 Sept. 324. Denn dass es von Licinius herrühre, ist desshalb unwahrscheinlich, weil dieser im April 324 bereits den Krieg gegen Constantin begonnen hatte und keine Zeit zur Gesetzgebung gehabt haben wird (vgl. auch S. 181). Wegen der Identität des Inhalts und des passenden Verhältnisses der Proposita habe ich es mit XI 16, 4 zusammengestellt. — Dieselbe Bestimmung weiter ausgedehnt XI 1, 3 (9 Oct. 336).

Ad Aemilianum pp. — lecta VII id. Mai. Romae XI 16, 4.

(8 Juni)

Ordination des Athanasius zum Bischof von Alexandria; vgl. 17 April.

5 Juli Oesci

Dat. III non. Jul. Yscoi VI 35, 5.

Der Ort ist von Goth. mit Recht auf Oescus am Einfluss der Iskra in die Donau bezogen worden. Die Subscription ist einem nicht dazu gehörigen Gesetze angehängt; vgl. 27 April 319 u. S. 25.

27 Sept. Treviris

Ad Maximum pp. — dat. V kal. Oct. Treviris, p. c. Constantii et Maximi I 4, 2.

pp. fehlt; vgl. 21 Jan. 327. — *Constantino et Maximo cons.* (327). Vgl. S. 37. 327 kann Constantin nicht in Trier gewesen sein, 328 ist diese Möglichkeit nicht ausgeschlossen (vgl. 29 Dec. u. S. 195). — Scheint durch Zweifel veranlasst zu sein, welche I 4, 1 (14 Sept. 321) hervorgerufen hatte.

(21 Oct.)

Ad Dionysium consularem Phoenices. — pp. Tyri XII kal. Nov. IX 34, 4.

Titel fehlt. Ders. Adress. 14 März 329. Als er 336 der Synode von Tyrus präsidirte, war er *ex consulari* (Enseb. vit. Const. IV 42; 44; Socr. I 28; Athan. apol. 71 ff.). Damit ist sein Amt gegeben und die Provinz wird durch den Ort der Proposita bestimmt. — Wiederholung von IX 34, 3 u. CIL. V 2781 (4 Dec. 320).

29 Dec. Treviris

Maximo pp. — dat. IV kal. Jan. Treviris I 16, 4 + VII 20, 5.

Ueber d. Adress. s. 21 Jan. 327.

329 Constantino A. VIII et Constantino C. IV cons.

(20 Febr.)

Ad edictum — pp. X kal. Mart. Constantino A. et C. cons. XII 1, 7.

Constantino A. VI et Constantio C. cons. (320). Vgl. S. 35. — Ist jünger als XII 1, 18 (24 Nov. 326); denn dass die neue Altersgrenze für das Decurionat nicht in der Provinz Karthago allein eingeführt worden ist, sondern entsprechende Bestimmungen auch für das übrige Reich erlassen wurden, zeigt XII 1, 19 (4 Aug. 331).

9 März Sirmii

Juliano pu. — dat. VII id. Mart. Sirmio, Constantino A. et C. cons. VI 4, 1.

Aeliano. — Constantino A. VI et Constantio C. cons. (320). Vgl. S. 35. Dass das Gesetz wirklich an einen Stadtpräfekten gerichtet ist, zeigt der Inhalt, und ein Aelianus hat dies Amt weder unter Constantin noch unter Constantius bekleidet. Ueber Julianus s. 6 März 327. — Dehnt die am 6. März 327 (VI 4, 2) für Consuln und Prätores gegebene Vergünstigung mit entsprechenden Modificationen auch auf die Quästoren aus, ist also jünger.

(14 März)

Ad Dionysium *consularem Phoenices* — pp. prid. id. Mart. Heliopoli, *ipso A. et C. cons.* VIII 18, 4 + C. J. VI 9, 8.

Die Ueberschrift nennt den Constantius Theod., den Constantinus Just. — Titel fehlt; vgl. 21 Oct. 328. — pp.] Theod. dat. Just. — *Constantio A. II et Constante cons.* (339). Theod. *Constantio A. et Constant. C. cons.* Just. Vgl. S. 35. — Die Anfangsworte: *cretionis observantiam praecepimus* (*praecipimus* d. Hdschr.) *removeri* beziehen sich auf VIII 18, 1 (17 Juni 315) und zeigen, dass auch dies Gesetz von Constantin ist. Das Jahr ist durch den Adressaten (s. 21 Oct. 328) bestimmt.

29 Mai Serdicae

Ad populum — dat. IV kal. Jun. Serdicae, *Constantino A. et C. cons.* IX 9, 1.

Constantino A. VII et Constantio C. cons. (326). Vgl. S. 35. Der Ort gestattet auch, das Gesetz 320 anzusetzen, doch steht seine Strenge mit der Milde, welche IV 11, 3 (31 Jan. 320) bei einem ganz ähnlichen Vergehen walten lässt, so sehr im Widerspruch, dass es sich empfiehlt, diese beiden Gesetze weiter auseinander zu rücken.

19 Juni Serdicae

Anicio Juliano pu. — dat. XIII kal. Jul. Serdicae, pp. VI kal. Aug. Romae, *ipso A. et C. cons.* XI 30, 18.

Die Ueberschrift nennt den Constantius. — *Constantio A. II et Constante cons.* (339). Vgl. S. 35. Das Jahr ist durch Adressat (s. 6 März 327) und Ort gesichert. — Interpretation von XI 30, 13 (3 Aug. 327).

21 Juli

Flaviae Aprillae — subscripta XII kal. Aug. *Constantino Aug. VIII cons. Vat.* 34.

Aug. III (313). Vgl. S. 30. — Das Rescript verweist auf V 8, 1 (18 Aug. 320); danach kann das Consulat nur auf 326 oder 329 gedeutet werden, und da Constantin am 21 Juli 326 gerade seinen Einzug in Rom hielt, so ist es unwahrscheinlich, dass er an demselben Tage ein Rescript erlassen habe.

13 Aug. Mursellae

Ad Euagrium pp. — dat. id. Aug. Murgillo, *ipso A. et C. cons.* XVI 8, 1 + 6 + 9, 2.

Die Ueberschrift nennt den Constantius XVI 8, 6; 9, 2. — pp. fehlt XVI 8, 6; 9, 2. — id. Aug.] XVI 8, 6; 9, 2. XV kal. Nov. XVI 8, 1. — *Constantp A. cons.* XVI 9, 2 (vgl. S. 40). *Constantio A. II cons.* (339) XVI 8, 6. *Constantino A. IV et Licinio IV cons.* (315) XVI 8, 1. Adressat (s. 17 Oct. 325) und Ort passen weder auf 315 noch auf 339 und lassen sich überhaupt in keinem Kaiser-

329

- consulat passend unterbringen, ausser in diesem (vgl. S. 35). — Wird citirt Sirm. 4 (21 Oct. 335).
- 18 Sept. Naissi Ad Euagrium pp. — dat. XIV kal. Oct. Naisso, acc. VIII id. Nov. *ipso A. et C. IV* cons. XIV 8, 1.
Constantino A. IV et Licinio IV cons. (315). Von diesem Gesetz gilt das gleiche wie von dem vorhergehenden.
- (24 Sept.) Ad populum — pp. VIII kal. Oct. Romae C. J. I 19, 3.
- 29 Sept. Serdicae Dat. III kal. Oct. Serdicae XII 1, 16.

330 Gallicano et Symmacho cons.

- 5 Febr. Serdicae Dat. non. Febr. Serdicae XVI 2, 7.
 Die Subscription ist einem Gesetz angehängt, zu dem sie nicht gehört; vgl. 31 Oct. 313.
- 22 Febr. Bessaparae { Ad Tertullianum v. p. comitem dioeceseos Asianae. — dat. VIII kal. Mart. Bess. II 26, 1 = C. J. III 39, 3.
Bessi lust., fehlt Theod. Gemeint ist wohl Bessapara, das nach den Itineraren zwischen Serdica und Philippopolis lag.
 Ad Bassum pp. — lecta apud acta XII kal. Jul. II, 26, 2.
 Ders. Adress. 28 Febr. u. 20 Oct. 331; vgl. 1 Oct. 315. — Hängt seinem Inhalte nach mit dem vorhergehenden Gesetz zusammen. Vgl. S. 206.
- 11 Mai Constanti- Einweihungsfeier der neuen Hauptstadt. S. 196.
- 18 Mai nopoli Ad Maximilianum consularem aquarum — dat. XV kal. Jun. XV 2, 1.
- 16 Juli Constanti- Dat. XVII kal. Aug. Constantinopoli Vat. 248.
- 29 Nov. Constan- Ad Ablabium pp. — dat. III kal. Dec. Constanti-
 tinopoli nopoli XVI 8, 2.
 Ders. Adress. 17 Apr., 5 Mai 331, 5 Mai, 13 Nov. 333; vgl. 1 Juni 326.
- 1 Dec. Constan- Hiereis et archisynagogis et patribus synagogarum
 tinopoli et ceteris qui in eodem loco deservunt. — dat. kal. Dec. Constantinopoli, acc. Basso et Ablabio cons. (331) XVI 8, 4.
Constantinopoli Basso ohne Lücke. Vgl. S. 39. Ist identisch mit dem vorhergehenden Gesetz, weshalb ich sie verbunden habe. Vgl. S. 206. — Beschränkt XVI 8, 3 (11 Dec. 321).

331 Basso et Ablabio cons.

- 28 Febr. Ad Bassum pp. — dat. prid. kal. Mart. IV 8, 7.
 Ueber d. Adress. s. 22 Febr. 330.

331

- 17 Apr. Constanti- Ad Ablabium pp. — dat. XV kal. Mai. Constanti-
nopoly V 7, 1 + XI 27, 1.
pp. fehlt XI 27, 1. — *dat.* III id. Mai. Naisso, Con-
stantino A. IV et Licinio IV AA. cons. (315) XI 27, 1. Dass
die beiden Fragmente zusammengehören, zeigt die Gleich-
heit des Adressaten und des Gegenstandes (vgl. S. 25). —
Ueber den Adress. s. 29 Nov. 330. — XI 27, 1 dehnt XI
27, 2, welches am 6. Juli 322 für Africa publicirt war, auch
auf Italien aus; V 7, 1 ändert V 8, 1 (18 Aug. 320), das
noch am 21 Juli 329 als in Geltung befindlich anerkannt
wird (Vat. 34).
- 5 Mai Ad Ablabium pp. — dat. III non. Mai. III 16, 1.
Ueber den Adress. s. 29 Nov. 330.
- 30 Juni Constanti- Act. prid. kal. Julias Constantinopoli — Imp. Caes.
nopoly Constantinus Maximus Goth. victor ac triumphator
Aug. et Fl. Cla. Constantinus Alaman. et Fl.
Jul. Constantius nbb. Caess. salutem dicunt or-
dini civit. Orcistanorum. Hermes XXII S. 318.
- (1 Juli) Acc. kal. Jul. Treviris VIII 1, 2.
acc.] dat. Vgl. S. 38. — Scheint VIII 7, 1 (8 März 315)
vorauszusetzen.
- 1 Aug. Ad universos provinciales — dat. kal. Aug. pp.
kal. Sept. Constantinopoli I 16, 6 + 7 + II
26, 3 + III 30, 4 + IV 5, 1 + XI 30, 16 +
17 + 34, 1 + C. J. III 13, 4 + 19, 2.
universos fehlt I 16, 6; 7; IV 5, 1. — Datum fehlt I
16, 6; 7; C. J. III 13, 4. Propositum fehlt II 26, 3; III, 30, 4;
IV 5, 1; C. J. III 19, 2. — X kal. Aug. C. J. III 19, 2, nur
durch Haloander überliefert. — *pp.] data* I 16, 7. — *Sept.]*
Oct. C. J. III 13, 4. *Nov.* I 16, 6; 7. — *Constantinopoli*
fehlt XI 34, 1; C. J. III 13, 4. — XI 30, 17 und 34, 1 ver-
schärfen IV 16, 1 (26 Dec. 319).
- 4 Aug. Ad Euagrium pp. — dat. prid. non. Aug. VII
22, 3 + XII 1, 19 + 20.
pp. fehlt VII 22, 3. — *non.]* VII 22, 3; XII 1, 19; *id.* XII
1, 20. — Ueber den Adress. s. 17 Oct. 325. — XII 1, 19 setzt
XII 1, 7 (20 Febr. 329) voraus und citirt VII 22, 2 (30 Juli 318).
- 6 Oct. Dat. prid. non. Oct. IV 11, 5.
Hebt eine Bestimmung auf, die noch IV 11, 2 (28 Jan.
317) anerkannt wird.
- 20 Oct. Ad Bassum pp. — dat. XIII kal. Nov. I 5, 3.
Ueber d. Adress. s. 22 Febr. 330. — Knüpft an I 5, 2
(21 Jan. 327) an.
- Psammathiae In Psammathia, einer Vorstadt Nicomedias, ertheilte
Constantin im Winter 331/32 dem Athanasius
Audienz. S. 198.

332 Pacatiano et Hilariano cons. s.

- 12 Apr. Marciano- Ad Pacatianum pp. — dat. prid. id. Apr. Marcia-
nopoly nopoli III 5, 4 + 5.

332

- pp.] pu.* Vgl. S. 43. Ders. Adress. 8 März, 5 Juli 334, 17 April 335. Es ist der Consul dieses Jahres; vgl. 20 Nov. 319.
- (20 Apr.) Sieg des jüngeren Constantin über die Gothen jenseit der Donau. S. 198.
- 30 Mai? Ad Maximum *pp.* — dat. III Jun. C. J. VI 36, 7.
Ders. Adress. 5 Mai 333; vgl. 3 Febr. 316. — Scheint Interpretation von C. J. VI 23, 15 und 37, 21 (31 Jan. 320) zu sein.
- 17 Oct. Constantinopoli { Ad Tiberianum comitem Hispaniarum — dat. XVI kal. Nov. Constantinopoli C. J. VI 1, 6.
Ueber den Adressaten s. 30 Juli 325.
- 26 Oct. Constantinopoli { Dat. VII kal. Nov. Constantinopoli IV, 8, 8.
- 30 Oct. { Ad provinciales — dat. III kal. Nov. V 9, 1.
Alle drei Fragmente gehören ihrem Inhalte nach zusammen. Vgl. S. 206.

333 Dalmatio et Zenophilo cons.

- 18 Apr. Constantinopoli Felici *pp.* — dat. XIV kal. Mai. Constantinopoli III 30, 5.
pp. fehlt. Ders. Adress. 19 Oct. 333, 4 Aug., 7 Sept. 334, 21 Oct. 335; vgl. 24 Oct. 318. — Ueber den Inhalt vgl. 17 Apr. 321.
- 4 Mai Constantinopoli Idem A. et C. ad Severum comitem Hispaniarum — dat. IV non. Mai. Constantinopoli VIII 12, 5 + XI 39, 2.
et C. fehlt VIII 12, 5. — Ders. Adress. 30 März 334; vgl. 17 Juni 315. — Citirt VIII 12, 4 (1 Oct. 315) und Vat. 249 (3 Febr. 316).
- 5 Mai Constantinopoli { Ad Ablabium *pp.* — dat. III non. Mai. Constantinopoli Sirm. 1.
Das Consulat ist festgestellt durch Schulte, *Constitutio Constantini ad Ablavium*, Festschr. f. Windscheid. Bonn 1888. — Ueber d. Adress. s. 29 Nov. 330. — Citirt I 27, 1 (23 Juni 318).
- { Ad Maximum *pp.* — emissa III non. Mai. VIII 1, 3.
Ueber d. Adress. vgl. 30 Mai 332.
- 19 Oct. Aquis Have Felix carissime nobis — dat. XIV kal. Nov. Aquis I 32, 1 + VII 4, 1.
Ad Felice I 32, 1. — XIV ist zerstört I 32, 1. — *Aquil.* I 32, 1. — *Dalmatio et Zenone filio* I 32, 1. *Paulino et Juliano* (325) VII 4, 1. Vgl. S. 21. — Ueber d. Adress. s. 18 Apr. — Aquae sind die heissen Quellen in der Nähe Constantinopels, wo der Kaiser noch kurz vor seinem Tode Heilung suchte. Euseb. vit. Const. IV 61, 1.
- 11 Nov. Aquis Ad Barbarum Pompeianum consularem Campaniae — dat. III id. Nov. Aquis I 2, 6.
Derselbe Beamte CIL. X 1199.

333

13 Nov.

Ablabio pp. — dat. et pp. id. Nov. VII 22, 5.

Ueber d. Adress. s. 29 Nov. 330. — Wiederholung von VII 22, 2 (30 Juli 318).

25 Dec. Constanti-
nopolis

Ernennung des Constans zum Cäsar. S. 198.

334 Optato et Paulino cons.

(8 März)

Ad Pacatianum pp. — pp. VIII id. Mart. Roma XIV 4, 1.

pp.] dat. Vgl. S. 38. — Ueber d. Adress. s. 12 Apr. 332. — Setzt XIII 5, 3 (30 Dec. 313) voraus.

30 März Constanti-
nopolis

Ad Severum comitem Hispaniarum — dat. III kal. Apr. Constantinopoli VIII 18, 3.

dat.] pp. Vgl. S. 13. — Ueber d. Adress. s. 4 Mai 333. — Setzt VIII 18, 1 u. 2 (17 Juni 315) voraus.

29 Apr.

Gerulo rationali trium provinciarum — dat. III kal. Mai. Proculo et Paulino cons. II 25, 1.

Ob Proculus ein anderer Name des Optatus, ob ein Consul suffectus ist, wage ich nicht zu entscheiden. Im letzteren Falle liesse sich das Gesetz auch dem J. 325 zuschreiben.

7 Mai Constanti-
nopolis

Ad Beronicianum vicarium Asiae — dat. non. Mai. Constantinopoli, acc. XIV kal. Jun. VIII 1, 4 + 15, 2 + XI 16, 6.

XI 16, 6 nennt die Ueberschrift den Constantius und Constans. — dat. non. Mai. Constantinopoli Constantio IV et Constante III AA. cons. (346) XI 16, 6; dat. XIV kal. Jun. Optato et Paulino cons. VIII 1, 4; 15, 2. Vgl. S. 21. Dass ein Beamter zwölf Jahre und noch dazu unter verschiedenen Herrschern dieselbe Stelle bekleidet, kommt sonst nie vor; das eine der beiden Consulate muss also falsch sein. Die beiden ersten Fragmente richten sich gegen die Bedrückungen der Steuerbeamten, das dritte befreit die Palatini und die Bürger von Constantinopel von gewissen Lasten. Zwischen ihnen besteht also insofern ein Zusammenhang, als sie alle drei sich mit der Steuererhebung beschäftigen. Da ausserdem XI 16, 6 sich am passendsten der Zeit bald nach der Gründung Constantinopels zuschreiben lässt, so haben wir die Fragmente vereinigt.

17 Juni Constanti-
nopolis

Andronico — dat. XV kal. Jul. Constantinopoli I 22, 2.

5 Juli Singiduni

Ad Pacatianum pp. — dat. III non. Jul. Singiduno X 15, 2.

Ueber d. Adress. s. 12 April 332. — Die überaus schnelle Reise von Constantinopel nach Belgrad erklärt sich vielleicht aus der Kriegsgefahr, mit welcher der Uebertritt der Sarmaten auf römisches Gebiet das Reich bedrohte (s. S. 198). Doch ist es auch möglich, dass in dem vorhergehenden Gesetz Jun. für Jul. oder in diesem III id. statt III non. zu schreiben ist.

4 Aug. Viminacii

Ad Felicem pp. — dat. prid. non. Aug. Viminacio, pp. Constantio et Albino cons. (335) XII 1, 21.

334

Viminacio Constantio ohne Lücke. Die Aenderung ist durch den Ort geboten. Da das Gesetz sich auf Afrika bezieht und jedenfalls in Karthago publicirt ist, so kann der lange Zwischenraum zwischen Datum und Propositum keinen Anstoß erregen (vgl. S. 39). — Ueber d. Adress. s. 18 April 333. — Weiter ausgedehnt XII 5, 2 (21 Mai 337).

25 Aug. Naissi Ad Julianum praesidem — dat. VIII kal. Sept. Naisso XI 39, 3.

(7 Sept.) Ad Felicem pp. — pp. VII id. Sept. Karthagine XIII 4, 1 + 5, 6.

pp. fehlt; vgl. 18 Apr. 333. — VI kal. XIII 4, 1. — XIII 4, 1 wird verallgemeinert XIII 4, 2 (2 Aug. 337).

23 Oct. Nicopoli Ad Periclem praesidem — dat. X kal. Nov. Nicopoli, acc. Constantio et Albino cons. (335) C. J. I 40, 4.

Nicopoli Constantio ohne Lücke. Die Aenderung durch den Ort geboten; vgl. S. 39.

(1 Dec.) Naviculariis Orientis — acc. kal. Dec. XIII 5, 7.

Erwähnt der Einweihung Constantinopels (11 Mai 330) als nicht sehr lange vorhergegangen.

335 Constantio et Albino cons.

22 März Constanti- Ad provinciales — dat. XI kal. Apr. Constantino-
nopoly poli X 10, 3.

17 Apr. Constanti- Ad Pacatianum pp. — dat. XV kal. Mai. Con-
nopoly stantinopoli VIII 9, 1.

pp. fehlt; vgl. 12 April 332.

(11 Juli) Athanasius reist zur Synode von Tyrus. Larsow S. 28.

15 Juli Constanti- Ad Tiberianum vicarium Hispaniarum — dat. id.
nopoly Jul. Constantinopoli, acc. XIV kal. Mai. Hispali Nepotiano et Facundo cons. (336) III 5, 6.

Ueber den Adress. s. 30 Juli 325. — Ueber den Zwischenraum zwischen Datum und Acceptum vgl. S. 39, Anm. 1. — Aendert III 5, 2 (16 Oct. 319).

25 Juli Constanti- Feier der Tricennalien. S. 198.
nopoly

18 Sept. Ernennung des Dalmatius zum Cäsar. Idat. fast.

21 Oct. Constanti- Ad Felicem pp. — dat. XII kal. Nov. Constanti-
nopoly nopoly, pp. VII id. Mart. Karthagine Nepotiano et Facundo cons. (336) XVI 8, 5 + 9, 1 + C. J. IX 62, 4 = Sirm. 4.

Datum und Consulat fehlen Just. — *Constantinopoli* fehlt Sirm. — VII id. Mart.] Just. Sirm. VII id. Mai. XVI 9, 1. VIII id. Mai. XVI 8, 5. — Ueber d. Adress. s. 18 Apr. 333. — Sirm. 4 wiederholt und citirt das Gesetz vom 13 Aug. 329.

7 Nov. Constanti- Constantin empfängt den Athanasius und verurtheilt
nopoly ihn zum Exil. S. 199.

335
(31 Dec.)

Tod des Silvester, Bischofs von Rom. Chronogr. von 354.

Nach der Zahl der Jahre und Monate, welche ihm zugeschrieben werden, ist für *kl. Jan.* zu schreiben *prid. kal. Jan.*

336 Nepotiano et Facundo conss.

18 Jan.

Marcus wird zum Bischof von Rom ordinirt. Chronogr. v. 354.

15 März
(29 Apr.)

Ad Calpurnianum — dat. id. Mart. C. J. III 8, 4. Lecta III kal. Mai. Karthagine IV, 6, 2.

Das Gesetz richtet sich gegen den Bastard des Licinius. Vgl. Zeitschr. f. wissensch. Theolog. XXXIII S. 73.

(21 Juli)

Ad Gregorium *pp.* — lecta XII kal. Aug. Karthagine IV 6, 3.

pp. fehlt. — Ders. Adress. 9 Oct. 336, 4 Febr. 337; vgl. Optat. III 3; 10. — Wiederholung des vorhergehenden Gesetzes.

22 Aug. Constanti-
nopolis

Dat. XI kal. Sept. Constantinopoli XII 1, 22.

Die Subscription steht bei einem Gesetze, zu dem sie nicht gehört; vgl. 17 Oct. 325.

(7 Oct.)

Tod des Marcus, Bischofs von Rom. Chronogr. von 354.

9 Oct.

Gregorio *pp.* — dat. VII id. Oct. XI 1, 3.

Ueber d. Adress. s. 21 Juli. — Weitere Ausdehnung von XI 16, 3 u. 4 (24 Apr. 328).

337 Feliciano et Titiano conss.

4 Febr. Constanti-
nopolis

Ad Gregorium *pp.* — dat. prid. non. Febr. Constantinopoli III 1, 2.

pp. fehlt; vgl. 21 Juli 336. — Wörtliche Wiederholung von Vat. 35 (29 Aug. 315). Vgl. S. 201.

(6 Febr.)

Julius wird zum Bischof von Rom ordinirt. Chronogr. v. 354.

24 Febr.

Ursicino duci Mesopotamiae — dat. VI kal. Mart. C. J. IV 42, 1.

Ursino. — Die Consuln fehlen. — Der Adressat ist jedenfalls derselbe Ursicinus, den Amm. XVIII 6, 1 als *longo usu bellandi artis Persicae scientissimum* rühmt; denn Mesopotamien war gerade die Provinz, wo man persischen Kriegsbrauch lernen konnte. Da er in den fünfziger Jahren Magister equitum war, so muss sein Ducat den allerletzten Zeiten Constantins angehören; ob gerade dem J. 337 bleibt allerdings zweifelhaft.

3 Apr. Constanti-
nopolis

Constantin feiert das Osterfest in seiner Hauptstadt. S. 199.

Aquis

Vgl. 19 Oct. 333.

Helenopoli

Euseb. vit. Const. IV 61, 1.

337
(21 Mai)

Ad concilium provinciae Africae — pp. XII kal.
Jun. Karthagine XII 5, 2.

Dehnt XII 1, 21 (4 Aug. 334) weiter aus.

22 Mai Ancyrona Tod Constantins in Ancyro bei Nicomedia. S. 199.
(2 Aug.) Ad Maximum — acc. IV non. Aug. XIII 4, 2.

acc.] dat. Vgl. S. 38. — Ueber den Address. s. 3 Febr.
316. — Verallgemeinert XIII 4, 1 (7 Sept. 334).

Um die Benutzung dieser Tabelle zu erleichtern, lassen wir ihr ein Verzeichniss der Gesetze Constantins folgen, das in der Reihenfolge der Bücher und Titel bei jedem angiebt, unter welchem Datum man es zu suchen hat. Wo die Subscriptionen durch Conjectur geändert sind, ist dies durch cur-siven Druck der betreffenden Daten angedeutet.

Codex Theodosianus.

I	II	III
1, 1 26 Juli 322	8, 1 18 Apr. 321	5, 5 12 Apr. 332
2, 1 30 Dec. 313	9, 1 von Constantius	6 15 Juli 335
2 29 Aug. 315	s. S. 27	16, 1 5 Mai 331
3 3 Dec. 315	10, 1 1 Nov. 319	17, 1 12 Oct. 318
4 13 Dec. 319	2 1 Nov. 319	2 31 Dec. 326
5 23 Mai 325	3 8 März 326	30, 1 26 März 314
6 11 Nov. 333	4 8 März 326	2 3 Febr. 316
4, 1 14 Sept. 321	11, 1 28 Juli 320	3 13 Mai 326
2 27 Sept. 328	15, 1 25 Juli 319	4 1 Aug. 331
5, 1 17 Sept. 325	16, 1 13 Mai 326	5 18 Apr. 333
2 21 Jan. 327	2 26 Juli 319	32, 1 18 Dec. 322
3 20 Oct. 331	17, 1 9 Apr. 324	2 3 Aug. 327
12, 1 8 Nov. 313	18, 1 12 Juni 321	IV
2 26 Dec. 319	2 23 Mai 322	4, 1 scheint von Con-
3 1 Oct. 313	3 23 Mai 325	stantius zu sein.
15, 1 25 Febr. 325	19, 1 13 Apr. 319	5, 1 1 Aug. 331
16, 1 3 Aug. 313	2 6 Febr. 321	6, 2 29 Apr. 336
2 24 Sept. 317	3 26 Juli 313	3 21 Juli 336
3 24 Oct. 318	22, 1 30 Jan. 320	7, 1 18 Apr. 321
4 29 Dec. 328	24, 1 20 Mai 321	8, 4 12 Juni 322
5 von Julian s.	2 11 Juni 327	5 20 Juli 322
S. 41	25, 1 29 Apr. 334	6 15 Febr. 323
6 1 Aug. 331	26, 1 22 Febr. 330	7 28 Febr. 331
7 1 Aug. 331	2 22 Febr. 330	8 26 Oct. 332
22, 1 11 Jan. 316	3 1 Aug. 331	9, 1 15 Juli 319
2 17 Juni 334	30, 1 2 Juni 315	10, 1 26 Juli 313
27, 1 23 Juni 318	33, 1 17 Apr. 326	11, 1 1 Apr. 314
32, 1 19 Oct. 333	III	2 28 Jan. 317
II	1, 1 13 Aug. 318	3 31 Jan. 320
4, 1 4 Febr. 318	2 4 Febr. 337	4 Ende Aug. 320
2 23 Mai 322	2, 1 31 Jan. 320	5 6 Oct. 331
6, 1 6 Mai 316	5, 1 von Constantius	12, 1 1 Juli 321
2 24 Oct. 318	s. S. 27.	2 11 Jan. 321
3 20 Mai 321	2 16 Oct. 319	3 1 Aug. 321
7, 1 6 März 314	3 28 Apr. 317	13, 1 Anf. Jan. 316
2 19 Juli 327	4 12 Apr. 332	16, 1 26 Dec. 319
		22, 1 23 Oct. 326

V		
1, 1	20 Mai	321
2, 1	1 Dec.	318
6, 1	19 März	314
7, 1	17 Apr.	331
8, 1	18 Aug.	320
9, 1	30 Oct.	332
VI		
4, 1	9 März	329
2	6 März	327
22, 1	23 Jan.	324
27, 1	24 Nov.	326
35, 1	29 Oct.	313
2	24 Apr.	319
3	27 Apr.	319
4	15 März	321
5	27 Apr.	319
15	27 Apr.	319
37, 1	Ders. Adressat	
	28 Apr.	317
VII		
1, 1	28 Apr.	323
4, 1	19 Oct.	333
12, 1	28 Apr.	323
13, 1	24 Nov.	326
20, 1	25 Oct.	325
2	25 Oct.	325
3	11 Aug.	326
4	7 Oct.	325
5	29 Dec.	328
7	11 Aug.	326
21, 1	10 Aug.	319
2	24 Nov.	326
22, 1	16 Febr.	313
2	30 Juli	318
3	4 Aug.	331
4	dasselbe Gesetz	
	XII 1, 35 von	
	Constantius.	
5	13 Nov.	333
VIII		
1, 1	zu verbinden mit	
	XII 1, 35, das von	
	Constantius ist.	
2	1 Juli	331
3	5 Mai	333
4	7 Mai	334
4, 1	28 Apr.	315
2	10 Mai	315
3	21 Juli 317 von	
	Licinius.	
5	24 Nov.	326
5, 1	22 Jan.	315
2	14 Mai	316
3	wird VIII 5, 5	
	von Constan-	

VIII		
	tius als ein von	
	ihm gegebenes	
	Gesetz citirt.	
5, 4	22 Juni	320
7, 1	8 März	315
2	nach Adressat	
	und Ort von	
	Constantius.	
4	24 Nov.	326
5	24 Nov.	326
6	24 Nov.	326
9, 1	17 Apr.	335
10, 1	8 Nov.	313
12, 1	3 Febr.	316
2	17 Apr.	317
3	1 Mai	317
4	1 Oct.	315
5	4 Mai	333
15, 1	undatirbar.	
2	7 Mai	334
16, 1	31 Jan.	320
18, 1	17 Juni	315
2	17 Juni	315
3	30 März	334
4	14 März	329
IX		
1, 1	4 Dec.	316
2	13 Juni	319
3	9 Febr.	322
4	17 Sept.	325
5	22 Mai	321
6	von Julian s.	
	S. 41	
3, 1	30 Juni	320
2	3 Febr.	326
5, 1	4 Dec.	320
7, 1	3 Febr.	326
2	25 Apr.	326
8, 1	4 Apr.	318
9, 1	29 Mai	329
10, 1	17 Apr.	317
2	17 Apr.	317
3	1 Oct.	315
12, 1	18 Apr.	319
2	18 Apr.	319
15, 1	16 Nov.	318
16, 1	15 Mai	320
2	15 Mai	320
3	23 Mai	318
18, 1	1 Aug.	315
19, 1	30 Jan.	316
2	25 März	320
21, 1	18 März	319
2	20 Nov.	321
3	6 Juli	326
4	4 Mai	326
22, 1	zu verbinden	

IX		
	mit IX 21, 5, das	
	von Constantius	
	herrührt.	
24, 1	1 Apr.	318
34, 1	29 März	319
2	8 Nov.	313
3	4 Dec.	320
4	21 Oct.	328
37, 1	26 Nov.	319
38, 1	30 Oct.	322
40, 1	3 Nov.	313
2	21 März	316
3	29 Juli	319
42, 1	27 Febr.	321
43, 1	14 Sept.	321
X		
1, 1	13 Sept.	315
2	3 Aug.	326
3	30 Mai	319
4	19 Mai	320
5	31 Dec.	326
4, 1	5 März	326
7, 1	21 Juli	317
	von Licinius.	
8, 1	10 März	313
2	11 März	319
3	3 Aug.	326
10, 1	18 Jan.	313
2	1 Dec.	312
3	22 März	335
11, 1	15 März	317
14, 1	scheint nach d.	
	Orte von Con-	
	stantius zu sein.	
15, 1	8 Nov.	313
2	5 Juli	334
18, 1	30 März	315
19, 1	30 Sept.	320
20, 1	21 Juli	317
	von Licinius.	
XI		
1, 1	Da das Consulat	
	des Eusebius (347)	
	darin schon er-	
	wähnt wird, muss	
	das Gesetz von	
	Constantius sein.	
2	8 Nov.	313
3	9 Oct.	336
4	6 Dec.	319
3, 1	1 Juli	313
2	27 Febr.	327
7, 1	8 Nov.	313
2	20 Nov.	319
3	31 Jan.	320
4	18 Mai	327

XI				XII				XIII			
	7, 7	6 Dec.	319			dem Constan-		5, 8	8 März	324	
	9, 1	31 Dec.	323			tius angehört.		6, 1	30 Dec.	313	
	2	6 Dec.	319	1, 3	30 Jan.	316		10, 1	18 Jan.	313	
16, 1	27 Aug.	318		4	19 Jan.	317		2	1 Juni	315	
2	21 Mai	323		5	21 Juli	317			von Licinius.		
3	24 Apr.	328				von Licinius.		XIV			
4	24 Apr.	328		6	1 Juli	318		3, 1	13 Aug.	318	
6	7 Mai	334		7	20 Febr.	329		4, 1	8 März	334	
19, 1	17 Apr.	321		8	13 Apr.	323		2	11 Apr.	324	
27, 1	17 Apr.	331		9	9 Juli	324		8, 1	18 Sept.	329	
2	6 Juli	322		10	7 Oct.	325		24, 1	1 März	328	
29, 1	30 Dec.	313		11	7 Oct.	325		25, 1	12 Dec.	318	
2	10 Febr.	318		12	7 Oct.	325		XV			
30, 1	30 Dec.	313		13	17 Oct.	325		1, 1	2 Febr.	313	
2	3 Nov.	313		14	24 Nov.	326		2	11 Apr.	321	
3	25 Aug.	315		15	24 Nov.	326		3	von Julian s.		
4	30 Dec.	313		16	29 Sept.	329			S. 41.		
5	13 Aug.	316		17	25 Oct.	325		4	22 Juli	319	
6	13 Aug.	316		18	24 Nov.	326		2, 1	18 Mai	330	
7	8 Juli	317		19	4 Aug.	331		3, 1	7 Mai	319	
8	18 März	318		20	4 Aug.	331		8, 1	3 Febr.	326	
9	22 Juni	318		21	4 Aug.	334		12, 1	1 Oct.	325	
10	ist eine Inter-			22	17 Oct.	325		14, 1	16 Dec.	324	
	pretation von			25	vielleicht gleich-			2	12 Febr.	325	
	XI 30, 19, das				zeitig mit VI 22, 1			3	6 Jan.	313	
	dem Constan-				erlassen.			4	13 Jan.	313	
	tius angehört.			5, 1	30 Juli	325		XVI			
11	12 Juni	321		2	21 Mai	337		2, 1	31 Oct.	313	
12	13 Apr.	323		6, 1	7 Apr.	321		2	21 Oct.	313	
13	3 Aug.	327		2	19 Juli	325		3	18 Juli	326	
14	31 Juli	327		7, 1	19 Juli	325		4	20 Mai	321	
15	3 Nov.	313		9, 1	6 März	314		5	25 Dec.	323	
16	1 Aug.	331		11, 1	30 Jan.	314		6	1 Juni	326	
17	1 Aug.	331		17, 1	19 Jan.	324		7	31 Oct.	313	
18	19 Juni	329		XIII				5, 1	1 Sept.	326	
34, 1	1 Aug.	331		3, 1	1 Aug.	321		2	25 Sept.	326	
35, 1	20 Mai	321		2	21 Mai	320		8, 1	13 Aug.	329	
36, 1	3 Nov.	313		3	1 Aug.	321		2	29 Nov.	330	
2	25 Febr.	315		4, 1	7 Sept.	334		3	11 Dec.	321	
3	25 Febr.	315		2	2 Aug.	337		4	1 Dec.	330	
39, 1	17 Sept.	325		5, 1	19 März	314		5	21 Oct.	335	
2	4 Mai	333		2	30 Dec.	313		6	13 Aug.	329	
3	25 Aug.	334		3	30 Dec.	313		9, 1	21 Oct.	335	
XII				4	8 März	324		2	13 Aug.	329	
1, 1	15 März	326		5	18 Sept.	326		10, 1	17 Dec.	320	
2	mit XI 30, 10 zu			6	7 Sept.	334					
	verbinden, das			7	1 Dec.	334					

Codex Iustinianus.

I				I				I			
	2, 1	20 Mai	321		13, 2	18 Apr.	321		21, 2	13 Aug.	316
	5, 1	1 Sept.	326		14, 1	3 Dec.	315		3	1 Aug.	331
	9, 3	13 Aug.	329		18, 11	28 Apr.	317		22, 3	1 Oct.	315
	10, 1	13 Aug.	329		19, 2	23 Mai	325		4	11 Nov.	333
	13, 1	8 Juni	323		3	24 Sept.	329		23, 4	26 Juli	322

I			V			VII					
35, 1	1 Oct.	313	3, 16	13 Jan.	336	49, 2	24 Oct.	318			
40, 2	29 Dec.	328	5, 3	1 Juli	318	50, 3	26 Dec.	319			
3	1 Aug.	331	16, 24	27 Febr.	321	57, 7	18 März	318			
4	23 Oct.	334	17, 7	Febr.	324	61, 1	10 Febr.	318			
48, 1	11 Jan.	316	26, 1	14 Juni	326	62, 12	3 Nov.	313			
51, 2	18 Aug.	320	27, 1	29 Apr.	336	13	13 Aug.	316			
56, 1	13 Apr.	323	34, 11	12 Oct.	318	14	8 Juli	317			
II			37, 20	26 März	314	15	22 Juni	318			
6, 5	8 März	326	21	3 Febr.	316	16	12 Juni	321			
8, 3	8 Nov.	313	22	13 Mai	326	17	3 Aug.	327			
12, 21	13 März	315	23	18 Apr.	333	18	31 Juli	327			
22	19 Juni	319	40, 2	4 Febr.	318	19	1 Aug.	331			
19, 11	22 Nov.	326	71, 18	3 Aug.	327	63, 1	von Constantius vgl. C. Theod. XI 30, 10.				
20, 8	25 Juli	319	72, 4	13 Mai	326	66, 6	20 Mai	321			
27, 2	13 Mai	326	VI			VIII					
44, 2	9 Apr.	324	1, 3	1 Apr.	314	4, 5	22 Febr.	330			
52, 5	26 Juli	319	4	27 Juni	317	5, 1	23 Oct.	326			
6	19 Juli	327	5	15 Febr.	319	10, 6	30 Mai	321			
III			6	17 Oct.	332	16, 7	2 Juni	315			
1, 8	29 Apr.	314	7, 2	30 Jan.	320	34, 3	31 Jan.	320			
9	12 Juni	321	9, 8	14 März	329	36, 2	1 Aug.	331			
10	23 Mai	325	9	31 Jan.	320	46, 10	15 Febr.	323			
8, 4	15 März	336	21, 15	11 Aug.	325	52, 2	24 Apr.	319			
11, 2	6 März	314	22, 5	27 Apr.	319	53, 25	3 Febr.	316			
3	10 Febr.	318	23, 15	31 Jan.	320	26	17 Apr.	317			
4	9 Febr.	318	36, 7	30 Mai	332	27	4 Mai	333			
5	25 März	322	37, 21	31 Jan.	320	57, 1	31 Jan.	320			
12, 2	18 Apr.	321	56, 3	27 Juli	318	IX					
3	13 Apr.	323	60, 1	17 Juni	315	4, 1	30 Juni	320			
13, 4	1 Aug.	331	62, 1	17 Juni	326	2	3 Febr.	326			
14, 1	17 Juni	334	VII			8, 3	4 Dec.	320			
19, 2	1 Aug.	331	1, 4	18 Apr.	321	9, 28	3 Febr.	326			
24, 1	4 Dec.	316	10, 7	15 Juli	319	29	25 Apr.	326			
26, 5	5 Febr.	313	13, 2	20 Nov.	321	10, 1	4 Apr.	318			
28, 27	13 Apr.	319	3	1 Apr.	318	11, 1	29 Mai	329			
28	6 Febr.	321	16, 40	bezieht sich auf das Gesetz vom 15 Febr. 323 u. ist an einen Stadtpräfecten gerichtet, der v. 13 Sept. 323 bis zum 4 Jan. 325 sein Amt bekleidete.		12, 6	17 Apr.	317			
36, 26	20 Mai	321	41	vgl. 14 Mai 316		7	1 Oct.	315			
38, 11	29 Apr.	334	42	12 Juni 322		14, 1	18 Apr.	319			
39, 3	22 Febr.	330	18, 3	15 Febr. 323		17, 1	16 Nov.	318			
4	22 Febr.	330	19, 7	1 Oct. 315		18, 3	15 Mai	320			
IV			22, 3	29 Apr. 314		4	23 Mai	318			
20, 9	25 Aug.	334	32, 10	22 Jan. 314		20, 16	1 Aug.	315			
21, 15	21 Juli	317	37, 1	nach dem Adres- saten zu schlies- sen von Con- stantius.		22, 21	30 Jan.	316			
32, 25	17 Apr.	326							22	25 März	320
35, 21.	Ders. Adressat								24, 1	20 Nov.	321
	1 Aug. 321.								2	6 Juli	326
42, 1	24 Febr.	337							40, 2	13 Juni	319
43, 2	18 Aug.	320							42, 2	26 Nov.	319
46, 3	6 Dec.	319							47, 16	3 Nov.	313
47, 2	1 Juli	313							17	21 März	316
61, 4	1 Juli	321							51, 13	14 Sept.	321
5	11 Jan.	321							X		
62, 4	21 Oct.	335							1, 6	30 Mai	319
1, 2	12 Apr.	332							7	31 Dec.	326
3, 15	16 Oct.	319									

X			X			XI		
10, 2	10 März	313	75, 1	6 März	314	68, 2	15 Febr.	319
11, 5	22 März	335	XI			XII		
13, 1	15 März	317	8, 1	21 Juli	317	1, 2	19 März	314
16, 4	von Constantius, vgl. C. Th. XI, 1, 1.		von Licinius.			3	27 Apr.	319
19, 1	8 Nov.	313	2	19 Oct.	333	23, 1	7 Mai	334
2	31 Jan.	320	33, 2	30 Jan.	314	28, 1	29 Oct.	313
21, 1	18 Mai	327	43, 1	18 Mai	330	2	27 Apr.	319
2	ist von Constan- tins Söhnen.		44, 1	1 Oct.	325	30, 1	27 Apr.	319
32, 14	15 März	326	48, 1	24 Apr.	328	32, 1.	Ders. Adressat	
15	30 Jan.	316	49, 1	1 Juni	315		28 Apr.	317
16	9 Juli	324	von Licinius.			35, 9	28 Apr.	323
17	17 Oct.	325	50, 1.	Ueber d. Adres- saten s. 7 Oct. 325.		42, 1	28 Apr.	323
18	29 Sept.	329	58, 1	18 Jan.	313	46, 1	25 Oct.	325
19	25 Oct.	325	59, 1	undatirbar.		2	29 Dec.	328
37, 1	von Constantius.		2	6 Dec.	319	3	11 Aug.	326
39, 5	7 Oct.	325	62, 1	15 Juni	315	47, 1	4 Aug.	331
52, 6	19 Jan.	324	2	17 Apr.	321	49, 1	7 Mai	334
53, 6	1 Aug.	321	63, 1	9 März	319	50, 1	14 Mai	316
66, 1	2 Aug.	337	65, 1	7 Mai	319	2	von Constantius, vgl. C. Th. VIII 5, 3.	
72, 1	19 Juli	325	2	27 Aug.	318	57, 1	10 Mai	315
73, 1	19 Juli	325	68, 1	7 Oct.	325	61, 1	8 Nov.	313

Fragmenta Vaticana.

32	29 Aug.	312	35	29 Aug.	315	273	19 Oct.	315
	s. S. 179.		36	undatirbar.		274	13 Aug.	315
33	13 Aug.	315	248	16 Juli	330	287	? ?	318
34	21 Juli	329	249	3 Febr.	316			

Constitutiones Sirmondi.

1	5 Mai	333	4	21 Oct.	335	17	23 Juni	318
---	-------	-----	---	---------	-----	----	---------	-----

IV.

Aus und zu den Quellen des römischen Rechts.¹⁾

Von

Herrn Geheimerath Dr. **E. Zachariä von Lingenthal**
auf Grosskmehlen.

XIII.

Papinianus libro III Quaestionum quaest. ultima.

Harmenopulus hat in seine *ἐξάβιβλος* II, 4, § 12 ff. eine Reihe von Stellen aus einer Baupolizeiordnung aufgenommen, welche ein Baumeister Julianus aus Askalon für Palästina zusammengestellt hatte. Diese Baupolizeiordnung war compilirt aus *νόμοι*, insbesondere der bekannten Verordnung Zenos (Cod. VIII, 10, 12), aus Edicten des constantinopolitanischen Praefectus urbi (da nach l. 13 C. eod. im ganzen Reiche das gleiche Recht galt wie in Constantinopel — s. auch l. 32 pr. D. de legibus —), sowie aus dem palästinischen Gewohnheitsrechte.

In § 46 ist ein Stück der Zenonischen Verordnung und der Auszug des Theodorus von Nov. LXXXII (165) *περὶ ἀπόψεως θαλάσσης* mitgetheilt. Darauf folgen in § 47 ff. einige Ausführungen über die Wichtigkeit von Licht und Aussicht. Zu unterscheiden sei dreierlei Aussicht, die auf das Meer, die auf Gärten, die auf öffentliche Denkmale. Die eine wie die andere Aussicht sei durch baupolizeiliche Vorschriften innerhalb gewisser Grenzen geschützt.

Hieran knüpft der Architekt Julianus einen Ausspruch des berühmten Papinianus, dessen Namen die Griechen sich bekanntlich durch Kürzung in *Παπιανὸς* mundgerecht gemacht haben. Es heisst nämlich in § 51:

Τὴν ἐπὶ τὰ ὄρη ἀποψιν δύναται τις κωλύειν, ὥς εἶπεν ὁ Παπιανὸς ἐν τῷ τρίτῳ βιβλίῳ τῶν κοινιστικῶν ἐν τῇ τελευταίᾳ τοῦ τίτλου κοινιστικῶν.

¹⁾ Fortsetzung von Rom. Abth. VIII dieser Zeitschrift S. 206 ff.

Der Verfasser setzt aber hinzu, dass man die Abschneidung der Aussicht auf das Gebirge jedenfalls doch nur dann gestatten könne, wenn der Bau in einer Entfernung von 100 Fuss aufgeführt werden solle — analog den Bestimmungen der Zenonischen Verordnung betreffs der Aussicht auf das Meer: denn die Aussicht auf die Berge sei ebenso ergötzlich und bedürfe ebenso der Berücksichtigung wie die auf das Meer. Dieser Nachsatz und der ganze Zusammenhang beweisen übrigens, dass die Handschriften und Ausgaben, welche in der angeführten Stelle *οὐ δύναται* lesen, eine Verbesserung durch Streichung der Negation erheischen. Und zwar um so mehr, als es unbegreiflich sein würde, wenn Papinianus ganz allgemein die Behauptung aufgestellt haben sollte, es dürfe niemand durch einen Bau dem Nachbar die Aussicht auf das Gebirge benehmen.

Der angeführte Ausspruch Papinians scheint bisher gänzlich übersehen worden zu sein. Er verdient aber auch deshalb unter die Bruchstücke der *Iurisprudentia anteiustiniana* aufgenommen zu werden, weil er bei der Frage der Beziehungen Papinians zu Syrien von einiger Bedeutung ist.

XIV.

Noch einmal die *prohibitoria actio*.

Die *prohibitoria actio*, die ich vor mehr als fünfzig Jahren in die gelehrte Welt (mit einem freilich verfehlten Empfehlungsbrief) eingeführt habe, hat seitdem verschiedene Kritiken hervorgerufen und ist noch neuerdings von Ferrini und Schott besprochen worden.

Bisher gründete sich die Annahme einer *prohibitoria formula* auf den Index von Dig. 7, 6, 5 § 1, welcher zweifellos von dem Antecessor Stephanus herrührt (Suppl. Basil. p. 112 sq.). Stephanus aber, der etwa ein halbes Jahrhundert nach der Publication der Digesten gelehrt hat, dürfte schwerlich mit Quellen des vorjustinianischen Rechts bekannt gewesen sein. Wo er der formulae des älteren Rechts gedenkt, beruhen die von ihm gegebenen Notizen entweder auf Theophilus, welchem er im wesentlichen folgt, oder auf Ueberlieferungen, wie sie sich in Schulen fortzupflanzen pflegen. Die Glaubwürdigkeit

dieser aus zweiter Hand geflossenen Notizen hat daher ebendesswegen in Zweifel gezogen werden dürfen.

Da ist denn ein altes — bisher übersehenes — Zeugniß von Wichtigkeit, das in den Scholien der Basiliken to. V, p. 556 der Heimbachschen Ausgabe zu lesen ist. Es ist ein Stück des Index von Dig. 47, 7, 6 § 2 oder eine Anmerkung dazu, das eine oder das andere von Dorotheus, dem Berytischen Antecessor und Mitarbeiter an Justinians Digesten, dem eben deshalb die Quellen des vorjustinianischen Rechts zugänglich und bekannt gewesen sind.

Die Stelle lautet:

*τουτέστι δύναται κινεῖν κατ' ἐκείνου λέγων μὴ ἐξεῖναι μοι ἔχειν τοῦτο τὸ δένδρον, ὥσπερ εἰ τὸ ξύλον ἢ ἐκ-
θέρην ἐπιτίθῃσί τις κατὰ ἀλλοτρίου τοίχου ἢ ἀέρος,
κινεῖται κατ' αὐτοῦ prohibitoria περὶ δουλείας ἐν ῥέμ.*

Wie der lateinische Text, so scheint auch die griechische Uebersetzung der Verbesserung bedürftig. Fabrot, Heimbach, Mommsen wollen *σοι* statt *μοι* lesen, was zu *κατ' ἐκείνου* kaum passt und nicht genügt. Vielleicht sind einige Worte ausgefallen und es müsste heissen: *μὴ ἐξεῖναι [αὐτῷ ἄκοντός] μου ἔχειν οὕτω τὸ δένδρον, ὥσπερ εἰ ξύλον κτλ.*

Wie dem auch sei, so wird man jedenfalls nicht behaupten wollen, dass die prohibitoria in rem actio (im Gegensatze zum prohibitorischen Interdict) eine Erfindung des Dorotheus sei oder auf einem Missverständnisse desselben beruhe. Vielmehr wird angenommen werden müssen, dass er die Bezeichnung in den Schriften der in den Digesten benutzten Juristen vorgefunden hat.

Nun beachte man, welche Formel dieser prohibitoria actio von Dorotheus gegeben wird. Im Anschluss an den lateinischen Text erwähnt er zuerst eine Klage mit der Intention non licere d. i. ius non esse illi arborem ita habere, und vergleicht damit die prohibitoria *περὶ δουλείας ἐν ῥέμ* gegen denjenigen, welcher gegen des Klägers Willen und ohne dazu berechtigt zu sein einen Balken in des Klägers Mauer einlässt. Die Intention dieser letzteren Klage muss daher nach dem Vergleich mit der ersteren Klage von Dorotheus so gedacht worden sein: ius non esse illi tignum immissum habere.

Das ist aber einfach die Intention der negatorischen Klage! Dem Antecessor Dorotheus ist mithin die prohibitoria mit der negatoria actio identisch!¹⁾

Vielleicht gelingt es noch eingehenderen Untersuchungen über die noch immer zu sehr vernachlässigte Geschichte des Rechts der Servituten für die prohibitoria actio den richtigen Platz und die richtige Bedeutung zu finden, einstweilen aber werden wir sie wohl für das Justinianische Recht mit Dorotheus als identisch mit der negatorischen Klage betrachten müssen.

XV.

Die Art der Zusammensetzung der Digesten (Bluhmes Entdeckung) wird schon vom Antecessor Theophilus angedeutet.

Die byzantinische Rechtsgelehrsamkeit beruht fast ausschliesslich auf Justinians Gesetzbüchern und Sammlungen, gerade als ob es ältere Rechtsquellen für sie nicht gegeben habe. Thaleläus in seiner Bearbeitung des Codex gedenkt zwar zuweilen der Arbeiten seiner Vorgänger über die älteren Constitutionencodices, sowie über die Veränderungen, welche bei Abfassung des Justinianischen Codex erster oder zweiter Auflage mit einzelnen Verordnungen vorgenommen worden sind. (Ich lasse dahingestellt, ob derselbe Thaleläus in Bas. 8, 1, 36 schol. eine sonst nicht bekannte Stelle aus des Paulus Sententiae anführt, oder eine in den Digesten zu ergänzende Stelle, wie Mommsen in den Nachträgen zu Dig. 3, 1, 10 glaubt.) In den alten Digestenindices aber finden wir keine derartigen Bemerkungen, obwohl bekanntlich bei Aufnahme der Excerpte aus den Schriften der alten Juristen in die Digesten nicht wenige Interpolationen stattgefunden haben: nur in den *παράγραφοι* zu den Digesten gedenkt Stephanus zweimal der Arbeiten eines älteren Berytischen Rechtslehrers, des *ἡρώς κρύλλος*.

Indessen fehlt es doch nicht — ganz abgesehen von des Theophilus Institutionen — an Worten und Sätzen in den

¹⁾ Ich weiss nicht, ob aus dem schol. 21 in Bas. V, p. 585 zu folgern ist, dass Dorotheus nur zwei Klagen *περὶ δουλείας* annehme, — die *confessoria* und *negatoria* —, oder ob das Scholium nicht vielmehr einem neueren Scholiasten zuzuschreiben ist.

alten Indices der Digesten und den *παραγραφαί*, welche an Aelteres erinnern und anknüpfen, und mit der Entstehungsgeschichte der Digesten zusammenhängen.

So ist bemerkenswerth, wie Theophilus — denn von ihm rühren die betreffenden Indices her — regelmässig da, wo sich ein Einschiebsel in die durch Bluhmes Entdeckung festgestellte Reihenfolge der Excerpte (*ἀναγνώσματα*) findet, das Vorhandensein oder die Bedeutung desselben hervorhebt.

Bei Dig. 17, 1, 11 (Bas. II p. 90), einer Stelle, die in Mommsens Ausgabe am Rande mit *E bezeichnet ist, bemerkt Theophilus: *διὰ μέσον ἀνεγνήνεται*. Bei Dig. 17, 2, 25 (Bas. II, p. 737) hebt er nachdrücklich hervor, dass dig. 25 die Fortsetzung von dig. 23 sei, mithin dig. 24 (S*) eingeschoben ist. Noch auffälliger ist, wie er bei Dig. 17, 2, 76—80 (Bas. II, p. 784) ausdrücklich darauf aufmerksam macht, dass dig. 77 und 79 Einschiebsel sind (*P), indem dig. 78 die Fortsetzung von dig. 76, und dig. 80 die Fortsetzung von dig. 78 sei. (Im Index von dig. 78 ist zu lesen: *ὁ πρόκουλος τοῖς οἰκείοις ἀκολουθῶν λόγοις*.)

Endlich ist charakteristisch, wie Theophilus¹⁾ dergleichen Einschiebsel als ein *ἀναπληροῦν* bezeichnet, was die Absichtlichkeit des Verfahrens bei der Compilation der Digesten vergegenwärtigt. So besagt der Index von Dig. 17, 1, 4 (S*). *ὁ γάριος ἀναπληρῶν τὸ τοῦ παύλου ἀναφέρει κτλ.* (Bas. II, p. 70.) Ebenda der Index von dig. 7 (*P): *ἀναπληρῶν τὸ νόμιμον ὁ παπιανὸς κτλ.* (Bas. II, p. 76.) Und der Index von Dig. 19, 2, 37 (*E): *ὁ ἱαβολένος ἀναπληρῶν φησιν κτλ.* (Bas. II p. 358.)

Es erscheint die Erwähnung dieses *ἀναπληροῦν* als so charakteristisch, dass es die Handhabe bieten kann zur Verbesserung eines Fehlers der Florentiner Handschrift. Nämlich Dig. 16, 3 dig. 3 ist zwar dem Sinne nach eine Fortsetzung von dig. 1 § 47, aber während dieses aus Ulpian. libro trigensimo ad Edict. genommen ist, hat jenes in der Florentiner Handschrift die Inscription Ulpian. lib. trigensimo primo ad Edictum und muss als Einschiebsel (S*) betrachtet werden,

¹⁾ Dorotheus scheint das *ἀναπληροῦν* in anderem Sinne zu brauchen. Bas. IV, p. 624. 644.

weil in dig. 5 mit Ulpian. lib. XXX ad Edict. fortgefahren wird: es scheint daher doch nicht als unmittelbare Fortsetzung von dig. 1 § 47 angesehen werden zu können. Allein der innere Zusammenhang zwischen dig. 1 § 47 und dig. 3 drängt dazu, bei letzterer Stelle das *primo* in der Inscription zu streichen, damit beide angeführte Stellen gleichmässig dem Ulpianus libro trigensimo ad Edictum zugeschrieben werden. Das hat schon Haloander vermuthet: der Schreiber der Florentinischen Handschrift konnte sich ja auch leicht irren, indem ihm das *primo* aus der vorhergehenden Inscription des dig. 2 in der Feder geblieben war. Die Streichung des *primo* in der Inscription von dig. 3 zugegeben, erscheint nun dig. 3 nicht mehr als ein Einschiebsel (S*), sondern steht in der richtigen Reihenfolge (S). Dagegen unterbricht nun dig. 2 „Paulus libro trigensimo primo ad Edictum“ die Reihenfolge und erscheint als Einschiebsel, welches in der Ausgabe von Mommsen mit S* bezeichnet werden muss. Dies bestätigt nun auch Theophilus, indem er sagt: *ὁ παῦλος ἀναπληρῶν φησιν!*

XVI.

Der Antecessor Theophilus ist der Verfasser der griechischen Institutionen.

Seit dem Bekanntwerden der griechischen Institutionen ist der Antecessor Theophilus, welcher als deren Verfasser in den Handschriften genannt wird, eine sehr bestrittene Persönlichkeit gewesen. Zuletzt ist in jüngster Zeit von Ferrini behauptet worden, dass Theophilus überhaupt nicht als Verfasser der sogenannten Paraphrase der Institutionen betrachtet werden könne und dass er als Autor nicht vor dem XI. oder XII. Jahrhundert genannt werde. In einer Anzeige des ersten Bandes der neuen Ausgabe der griechischen Institutionen durch Ferrini habe ich eingeräumt, dass dessen Hypothese einen nicht geringen Grad von Wahrscheinlichkeit für sich habe. Indessen die von Ferrini neuerdings herausgegebenen *Scolii inediti* allo Pseudo-Teofilo haben mich eines anderen belehrt.

Von diesen Scholien, die sich in verschiedenen Handschriften mehr oder minder zahlreich dem Texte beigeschrieben finden, waren einzelne schon von Fabrot herausgegeben. Vollständiger sind sie erst jetzt von Ferrini bekannt gemacht:

man erkennt nun, dass wir es hier mit dem griechischen Gegenstück zu der lateinischen sogenannten Turiner Glosse der Institutionen zu thun haben. Die Scholien stammen grossen Theils aus der Zeit Justinians und seiner unmittelbaren Nachfolger: der kleinere Theil ist späteren Ursprungs.

In den älteren Scholien nun wird, wie auch Ferrini hervorhebt, zweimal ausdrücklich dem Theophilus die Paraphrase der Institutionen zugeschrieben. Das Scholium zu Inst. II, 1 § 8 schreibt dem Theophilus zu, was der griechische Text aus der kaiserlichen Verordnung dem lateinischen hinzufügt. Ebenso hat das Scholium zu Inst. II, 18 § 1, welches durch Fabrot schon früher wenigstens theilweise bekannt geworden war, bei den Worten des griechischen Textes „*αἰσχροὺν . . . πρόσωπον, οἶον ἡνίοχοι κτλ.*“ die Bemerkung: *οὐκ ἀκριβῶς ὁ Θεόφιλος τοὺς ἡνιόχους ἀτίμους ἔφη . . . κτλ.* Diese Zeugnisse beweisen wenigstens so viel mit Bestimmtheit, dass die griechischen Institutionen gegen das Ende des sechsten Jahrhunderts unbedenklich als ein Werk des Theophilus angesehen worden sind. Ich schliesse daraus, dass man für diese Annahme gute Gründe gehabt haben wird, und dass mithin der Antecessor Theophilus, der Mitarbeiter an den Justinianischen Institutionen, wirklich als Verfasser zu betrachten ist. Anders freilich Ferrini, welcher seine Hypothese, dass Theophilus nur infolge eines Missverständnisses als Verfasser angenommen worden sei, auch jetzt noch aufrecht hält, indem er aber das Missverständniss allerdings nicht erst im XI. Jahrhundert, sondern auf Grund jener Zeugnisse bereits am Ausgang des VI. Jahrhunderts entstanden sein lässt. Ich glaube jedoch nicht, dass man die Hypothese in dieser neuen Formulirung noch für wahrscheinlich halten wird. Und so mag denn der Antecessor Theophilus auch fernerhin als Autor gelten!

XVII.

Das Proömium der griechischen Institutionen.

Die Handschriften der Institutionen des Theophilus beginnen mit der Uebersetzung des Proömiums, und an diese schliesst sich unmittelbar an die von tit. 2; tit. 1 fehlt. Man könnte geneigt sein, zu vermuthen, dass in der Handschrift, aus welcher die uns erhaltenen Handschriften abzuleiten sind,

ein Blatt, welches tit. 1 enthielt, gefehlt habe. Allein dagegen dürfte einzuwenden sein, dass die Uebersetzung des kurzen tit. 1 kaum ein ganzes Blatt gefüllt haben kann. Man wird vielmehr nach einer anderen Erklärung suchen müssen.

Es hat mir nun schon immer scheinen wollen, als ob die Sprache und der ganze Stil im Proömium von der sonstigen Theophilischen Schreibweise verschieden sei.

So wird Justinian im Proömium genannt *ἡμέτερος βασιλεὺς* oder mit dem Beiwort *κράτιστος*, oder *θειότατος*, oder *γαληνότατος*, oder *μέγας*, oder *ἡμερώτατος*. In den Institutionen selbst aber erhält der *ἡμέτερος βασιλεὺς* nur die Beiworte *θειότατος* oder *εὐσεβέστατος*, nirgends heisst er *κράτιστος* oder *γαληνότατος* oder *μέγας* oder *ἡμερώτατος*.

Dass dies nicht ein blosser Zufall sein kann, sondern einer Verschiedenheit der Schreiber oder Verfasser zuzuschreiben ist, ist unverkennbar. In dem Proömium wird der Kaiser sechsmal genannt, einmal ohne Beiwort, fünfmal mit fünfmal wechselndem Beiwort: im Text der Institutionen wird er — wenn ich richtig gezählt habe — über 100 mal erwähnt, und da heisst er ausnahmelos nur *ὁ ἡμέτερος βασιλεὺς* oder *ὁ θειότατος* oder *εὐσεβέστατος ἡμῶν βασιλεὺς*. Ausserdem ist das Beiwort *μέγας*, welches im Proömium vorkommt, zur Zeit der Abfassung der griechischen Institutionen d. i. für die Jahre 533—535 ganz ungewöhnlich und erst einer späteren Zeit angehörig. Und endlich ist charakteristisch, dass das Proömium das Beiwort *εὐσεβέστατος* nicht kennt, ein Beiwort, auf welches seiner Zeit ein besonderes Gewicht gelegt wurde. (Auch Dorotheus im Index von Dig. 10, 2, 25 § 17 = Bas. IV p. 267 und noch Athanasius Epit. Novell. IX, 13 sprechen vom *εὐσεβέστατος ἡμῶν δεσπότης ιουστινιανός*.)

Hat nun die griechische Paraphrase des Proömiums einen anderen Verfasser als die Paraphrase des I.—IV. Buches, so liegt die Vermuthung nahe, dass — etwa im 11. Jahrhundert — eine zu Anfang defecte Handschrift der griechischen Institutionen durch das aus einer anderen Quelle geschöpfte Proömium ergänzt worden ist, und dass diese so ergänzte Handschrift als Vorbild für sämmtliche uns erhaltene Handschriften gedient hat.

Zum Schlusse noch eine Bemerkung. Man hat sich oft an der Art und Weise gestossen, wie in dem griechischen Proömium des Theophilus als einer dritten Person mit rühmenden Worten gedacht wird. Man sagte: so könne doch der Antecessor Theophilus, wenn er als Verfasser der griechischen Institutionen anzusehen wäre, unmöglich von sich selbst gesprochen haben. Und manche wollten daher von der Autorschaft des Justinianischen Antecessors Theophilus nichts wissen: andere meinten, die griechische Paraphrase der Institutionen sei nichts anderes als ein Collegienheft eines Schülers des Theophilus, in welchem der Schüler bei Gelegenheit der Einleitung seinen Lehrer zu verherrlichen bestrebt gewesen sei. Indessen so wenig sich an dem hohen Alter der Paraphrase zweifeln lässt, so entschieden muss der Kenner der juristischen Litteratur jener Zeit die Hypothese eines Collegienheftes (— soll etwa der Student gleich die zweite Vorlesung, in welcher Tit. 1 des I. Buches erklärt wurde, geschwänzt haben? —) zurückweisen. Ist aber nur das Proömium nicht von Theophilus, sondern aus einer anderen Quelle geschöpft, so erklärt sich nunmehr ungezwungen, wie in demselben Theophilus als dritte Person verherrlicht werden kann!

XVIII.

Charakteristische Eigenthümlichkeiten der griechischen Institutionen.

Als Eigenthümlichkeiten der Theophilischen Schreibweise treten uns in den griechischen Institutionen sofort die Wiederholungen des Abgehandelten, die Uebergänge zu Neuem, die Rückverweisungen auf Gesagtes entgegen. Ich rechne hieher Wendungen, wie *εἰρήκαμεν . . . εἰπόντες οὖν . . . ὀφείλομεν εἰπεῖν* oder *εἵπωμεν* (I, 2 pr. § 6), *μαθόντες . . . μετέλθωμεν ἐφ' ἕτερον καὶ μάθωμεν* (I, 3 pr.), *ἐδίδαξαν ἡμᾶς τὰ προλαβόντα* oder *ἔγνωμεν ἐκ τῶν προλαβόντων* (I, 6 pr. § 4), *τί δὲ τοῦτο ἐστὶν ἀναγκαῖον εἰπεῖν* (I, 2 pr.; 5 § 4; 6 pr. 14 § 1; III, 9 § 3; 20 § 1; IV, 1 § 14; 6 § 15), *τῶν ὁμολογημένων ἐστὶν* (I, 2 § 6; III, 25 § 3), *συνελόντα εἰπεῖν* (I, 6 § 3; II, 23 § 6; III, 6 § 4; IV, 6 § 2; 13 § 11) u. dgl. m. Auch das wiederholt sich, dass in Beispielen (wo nicht nach dem Texte Titius, Maevius u. s. w. zu nennen war)

die betreffenden Personen vorzugsweise mit Primus, Secundus u. s. w. bezeichnet werden. Man vergleiche I, 10 § 8; II, 7 § 4; 10 § 8; 14 § 6; 8, 15 pr. § 1 sqq.; 16 § 3; 22, § 3 u. s. w.

Ausserdem finden sich in den Institutionen des Theophilus Redensarten, die an sich auffallend oder so constant wiederkehrend sind, dass man sie als vorzugsweise charakteristisch bezeichnen muss. Ich will nur zwei dieser Redensarten hervorheben.

Die erste bildet die Einleitung zur Aufstellung eines Lehrsatzes. Theophilus (I, 2 § 4) sagt: *Ἡδέως ἐμάνθανον*, d. h. ich möchte gerne den Satz kennen lernen. Wahrlich, eine sonderbare Art, den Leser auf das Kommende vorzubereiten!

Die zweite Redensart wird gebraucht, wo zum Verständniss und zur Begründung des Folgenden ein oder mehrere Sätze vorangeschickt werden. Es geschieht dies mit den Worten: *ἔχε ταῦτα ὡς ἐν προθεωρίᾳ*, und zum Schlusse der Vorbemerkung heisst es dann: *ἐπειδὴ σοι ταῦτα προτεθεώρηται* oder *τοῦτο εἰδὼς ὅρα λοιπὸν τὸ προκείμενον*. An sich ist diese Redensart nicht sonderbar, sonderbar ist aber, dass Theophilus dieselbe in zahlreichen Fällen constant und ausnahmelos anwendet, ohne je die geringste Modification an derselben vorzunehmen. Man vergleiche

I, 5 § 4. 5.	II, 6 § 9.	III, 1 § 14.	IV, 1 § 8. 13.
- 10 § 1.	- 8 § 2.	- 2 pr.	- 13 § 11.
- 11 § 9.	- 13 § 4.	- 7 pr.	
- 14 § 1.	- 14 § 2.	- 20 § 1.	
- 15 § 1.	- 16 § 5.		
	- 20 § 17. 20. 32.		

Ich könnte noch eine Reihe solcher stilistischer Bemerkungen hinzufügen, aber nicht so schlagende als die angeführten. Doch schon diese genügen vollkommen, um die Behauptung zu rechtfertigen, dass bei Stellen, wo sie sich gebraucht wiederfinden, an den Theophilus als Verfasser zu denken sei.

XIX.

Der Digestenindex des Antecessor Theophilus.

Die Redensart *ἔχει ταῦτα ὡς ἐν προθεωρίᾳ*, welche als charakteristische in den Institutionen des Theophilus hervortritt, findet sich auch in einem Index der Digesten, welchen die alten Basilikenscholien wiedergeben, und zwar bei

Dig. 17, 1, 10 § 12	—	Bas. ed. II	p. 88,
- - 56 pr.	—	Heimb.	- p. 135,
- - 59 § 1	—	-	- p. 140,
- 2, 52 § 8	—	- I	p. 754,
23, 3, 12 pr.	—	- III	p. 358,
- - 69 § 2. 4. 6. 7	—	-	- p. 407 sqq.
- - 76	—	-	- p. 417,
- - 78 § 4	—	-	- p. 422,
- - 79 pr.	—	-	- p. 424,
- 5, 16	—	-	- p. 494.

Bei

Dig. 23, 2, 14, § 3	—	-	- p. 200,
- 5, 13 pr.	—	-	- p. 491,

stossen wir sogar auf das befremdliche *ἡδέως ἐμάνθανον*. Endlich wiederholt sich in den Indices dieser Titel die Anführung von Primus, Secundus, Tertius, Quartus bis zum Ueberdruss, z. B.:

Dig. 17, 1, 10 § 12	—	Bas. II	p. 88,
- - 12 § 14	—	-	- p. 98,
- - 22 § 8	—	-	- p. 101,
- - 26 § 3	—	-	- p. 106,
- - 29 pr. § 2. 6	—	-	- p. 113 sqq.,
- - 47 § 1	—	-	- p. 127,
- - 49	—	-	- p. 130,
- - 50 pr.	—	-	- p. 131,
- - 52	—	-	- p. 132,
- - 53	—	-	- p. 133,
- - 58 § 1	—	-	- p. 139,
- - 59 § 1. 2. 4. 6	—	-	- p. 140 sqq.

Lässt schon das Angeführte auf Theophilus schliessen, so wird dessen Autorschaft auch noch ausdrücklich bezeugt dadurch, dass die Indices von

Dig. 17, 1, 22 § 8. 9. 10. 11	—	Bas. II	p. 101 sqq.,
- - 23—25	—	- -	p. 105,
- - 26 § 1. 2. 6	—	- -	p. 106 sq.,
- - 27 § 5	—	- -	p. 111 sq.,
- - 34 pr.	—	- -	p. 121 sq.,
- - 48 § 1	—	- -	p. 128 sq.

in den Basilikenscholien die Aufschrift *Θεοφίλου* tragen oder als von ihm herrührend bezeichnet werden.

Nach alledem unterliegt es keinem Zweifel, dass Theophilus einen Index der Digesten geschrieben hat, der sich mindestens auf Dig. lib. XVII und XXIII bezogen hat.

Ueber lib. XXIII hinaus findet sich in den Quellen keine Spur eines Index des Theophilus. Da wir indessen hinsichtlich der späteren Bücher, welche in Betracht zu ziehen wären, wegen des Fehlens der alten Scholien im Dunkel gelassen sind, so ist es wohl möglich, dass des Theophilus Index nicht nur die *πρῶτα*, die pars de iudiciis und die pars de rebus, also die nach Justinians Verordnung im ersten, zweiten und dritten Jahre zu lesenden Partes der Digesten, sondern ausser dem liber singularis de dotibus auch noch die anderen in diesen Jahren zu lesenden libros singulares umfasst hat.

XX.

Umfang und Eigenthümlichkeiten des Digestenindex des Antecessor Stephanus.

Die zu Anfang des achtzehnten Abschnitts angeführten Redensarten kehren wieder in den Digesten (*ἰνδῆξ* oder *πλάτος*) des Antecessor Stephanus.

Beispielsweise mögen folgende Stellen angeführt werden:

Dig. 1, 5, 1	—	Bas. IV	p. 545. <i>μαθόντες . . νῦν ἰδωμεν.</i>
- - 5 § 3	—	-	546. <i>συνελόντα εἰπεῖν.</i>
- 8, 1 pr.	—	-	558. <i>εἰπόντες . . νῦν εἴπωμεν.</i>
2, 14, 7 § 4. 6	—	I	p. 560. 566. <i>ἀναγκαῖον εἰπεῖν.</i>
- - - § 5	—	-	560. <i>τῶν ὁμολογημένων ἐστίν.</i>
- - 29	—	-	616. <i>συνελόντα εἰπεῖν.</i>
- 15, 8 § 13	—	-	677. <i>τῶν ὁμολογημένων ἐστίν.</i>
- - 17	—	-	689. <i>οἶδας μαθὼν.</i>
3, 3, 39 pr.	—	-	374. <i>ἀναγκαῖον εἰπεῖν.</i>
- 5, 8	—	Suppl.	137. <i>οἶδας μαθὼν.</i>

Dig. 4, 5, 7 pr. § 3	—	Bas. IV p. 556 sq. οἶδας μαθῶν.
5, 2, 6 pr.	—	- 4 sq. μάθε.
- - 8 § 8	—	- 13. συνελόντα εἰπεῖν.
- 3, 7	—	- 189 sq. οἶδας μαθῶν . . συνε- λόντα εἰπεῖν.
- 6, 1	—	- 250. μάθε, μάλλον δὲ οἶδας.
7, 1, 48 pr.	—	Suppl. p. 85. οἶδας μαθῶν.
16, 3, 22	—	II p. 51. τῶν ἀμολογημένων ἐστίν.
19, 2, 11 § 2	—	- p. 338. ἀναγκαῖον εἰπεῖν.
22, 3, 28	—	- 480. συνελόντα εἰπεῖν.

Dagegen kommt hier das *ἡδέως ἐμάνθανον* ebenso wenig vor als das *ἔχε ταῦτα ὡς ἐν προθεωρίᾳ κτλ.* Statt der letzteren Redensart sagt Stephanus *προθεώρησον*¹⁾ (was indessen zuweilen ausgelassen ist) *τοῦτο γνοῦς* oder *εἰδὼς ὅρα λοιπὸν* oder *ἐλθὲ ἐπὶ τὸ προκείμενον*. Und dies ist für Stephanus ebenso charakteristisch, wie jene Redensart für Theophilus.

Zum Beweise mögen folgende Stellen angeführt werden:

Dig. 2, 14, 7 § 5	—	Bas. I p. 560,
- - - § 14	—	- 572,
- - 46	—	- 630,
3, 2, 20	—	II p. 449,
- 3, 5	—	I p. 361,
- 5, 32. 33	—	Suppl. p. 147 sq.,
- - 35 pr. § 2	—	- p. 149 sq.,
5, 2, 6 pr.	—	IV p. 4 sq.,
- - 8 § 6	—	- 12,
- - - § 10	—	- 15,
- - - § 15	—	- 17,
- - 11	—	- 18,
- - 19. 20	—	- 21 sq.,
- 3, 4	—	- 185,
- - 5 § 1. 2	—	- 186 sq.,
- - 7	—	- 189,
- - 16 § 6	—	- 201,
- - 20 § 5	—	- 208,

¹⁾ Neuere Scholiasten haben diese Redensart von Stephanus übernommen, s. Hagiotheodoritus Basil. V p. 503. 528.

Dig. 5, 3, 46	—	Bas. IV p. 231,
- - 50 § 1	—	- 233,
- - 51 pr.	—	- 233 sq.,
6, 1, 1 § 3	—	Suppl. p. 2,
- - 10	—	- 7,
- - 17 § 1	—	- 12,
- - 27 § 4	—	- 19,
- 2, 12 § 3	—	- 46,
7, 1, 12 § 5	—	- 68,
- - 33 § 1	—	- 81,
- - 42 pr. § 1	—	- 83 sq.,
- - 63	—	- 89,
- 2, 3 § 2	—	- 96,
- 5, 8	—	- 110,
- 6, 1	—	- 111,
19, 2, 11 § 2	—	II p. 338,
22, 1, 3 § 2	—	- 681,
- 3, 3	—	- 464,
- - 6	—	- 466,
23, 2, 34 § 1	—	III p. 171,
- - 60 pr.	—	- 209,
- - 67 § 3	—	- 180,
- 3, 5 § 1.8.9	—	- 347. 350,
- - 7 § 3	—	- 353,
- 4, 26 § 2	—	- 472.

Nehmen wir hinzu, dass der Index von

Dig. 2, 14, 35	—	Bas. I p. 621,
- 15, 3 § 2	—	- 669,
- - 9 pr.	—	- 683,
3, 2, 20	—	II p. 449,
- - 39 pr.	—	I p. 374,
- 3, 75	—	- 398,
- 5, 26	—	Suppl. p. 144,
- - 31 § 4	—	- 146,
3, 6, 5 § 2	—	V p. 231,
5, 3, 16 § 6	—	IV p. 201,
- - 18 pr.	—	- 203,
6, 1, 10	—	Suppl. p. 7,
- - 16 § 1	—	- 11

Dig. 7, 1, 54	—	Bas. Suppl. p. 86,
11, 1, 22	—	IV p. 296,
20, 2, 10	—	III p. 76 ¹⁾ ,
22, 1, 4, § 1	—	II p. 685,
- - 11 pr.	—	- 691,
- - 13 pr.	—	- 694,
- - 17 pr. § 3	—	- 696. 698.
- - 25 § 1	—	- 705,
- - 37	—	- 712,
- - 41 § 1. 2	—	- 716 sq.,
- - 48	—	- 719,
23, 1, 9	—	III p. 150,
22, 3, 3. 31	—	II p. 464,
- - 26. 27	—	- 478 sq.,
- - 31	—	- 481,
23, 2, 67 § 3. 5	—	III p. 180 sq.,
23, 3, 30	—	- 369,
- - 66	—	- 401,
- - 69 § 2	—	- 407,
- - 72 pr.	—	- 413,
- - 78 § 3	—	- 421,
- - 85	—	- 427,
- 4, 29 pr.	—	- 475,

— also von denselben Büchern und Titeln der Digesten, auf welche sich nach dem Voranstehenden der Index des Stephanus bezogen hat — sich mit Vorliebe der Redewendung *τὸ ζητούμενον* für quaero und dergl. bedient, so wird der Rahmen anschaulich, innerhalb dessen sich die Arbeit des Stephanus bewegt hat. Und es zeigt sich, dass der Index desselben diejenigen Grenzen nicht überschreitet, über welche hinaus auch von einem Theophilischen Digestenindex keinerlei Spur zu finden ist ²⁾. Denn von Dig. lib. XXIV—L geben die Basilikenscholien die betreffenden Stellen wie es scheint lediglich aus einem Index des Antecessor Dorotheus.

¹⁾ Das Scholium giebt nur ein Stück des Index und zwar ist für *ζήτημα* zu lesen *ζητούμενον*. — ²⁾ Wenn ich in einer Anmerkung zu *Πεῖρα* p. 52 das *πλάτος* d. i. den Index von Dig. 26, 2, 12 dem Stephanus zugeschrieben habe, so habe ich erkannt, dass zu dieser Annahme kein Grund vorlag.

Die vorstehenden tabellarischen Citate lassen gewisse Lücken in der Ueberlieferung des Digestenindex des Stephanus erkennen. Ich spreche nicht von denjenigen Büchern und Titeln, welche in unseren Handschriften der Basiliken entweder überhaupt fehlen oder doch nur ohne die alten Scholien erhalten sind: von den entsprechenden Büchern und Titeln der Digesten müssen begreiflicher Weise die griechischen Indices fehlen. Aber auch da, wo wir die alten Scholien besitzen, fehlen für Dig. lib. 12—15 alle und jede Indices: bei anderen Büchern der Digesten scheinen die Compiler der alten Scholien zu den Basiliken einen Index des Stephanus entweder gar nicht gekannt oder aber nur lückenhaft besessen zu haben. So ist wohl zu erklären, dass wir in diesen Büchern an Stelle des Index des Stephanus mitunter Stücke aus anderen Indices in den Scholien aufgenommen finden. So sind die Lücken im Index des Stephanus ergänzt bei

Dig. IX. X aus dem Digestenindex des Dorotheus,

Dig. XVII. XXIII aus dem Index des Theophilus, wie bereits nachgewiesen ist,

Dig. XXII tit. 1. 3 aus einem Index, der einem Theodorus zugeschrieben wird,

Dig. XXII tit. 5 aus einem Index, welcher von Isidorus sein soll.

(Ich habe früher Indices von Theodorus und Isidorus nicht annehmen, sondern an Stelle dieser Namen Dorotheus setzen wollen. Allein der Theodorus kommt auch vor in den *Ροπαί* p. 23 und in dem Scholium 1 zu Bas. 11, 1, 58, wo zu lesen ist: *τότε γὰρ αὐτὸς κινεῖ, τουτέστιν αὐτὸς ὁ ἐπερωτήσας καὶ οὐχ ὁ ἐξωτικὸς, ὥς φησιν ὁ Θεόδωρος*. Auch sind die mit Theodorus bezeichneten Indices von eigenthümlicher Färbung. — Was Isidorus betrifft, so sind es nicht bloss *παραγραφαί*, welche unter dessen Namen vorkommen, sondern an der Spitze der Indices von Dig. 22, 5 steht die Inscription *Ἰσιδώρου*, und diese Indices zeichnen sich ausserdem durch eine besondere Eigenthümlichkeit aus, indem sie wiederholt — bei dig. 8 und 21 § 3 in Bas. II p. 393. 400 — auf Mönche und Kleriker exemplificiren. Ob das Scholium 3 *Ἰσιδώρου* in Bas. II p. 483 einen von dem voranstehenden Index des Stephanus

abweichenden Index des Isidorus zu Dig. 22, 4, 5 darstellt oder nicht vielmehr eine Stelle aus dem Codex des Isidorus — Cod. 2, 3, 17 — ist, lasse ich dahingestellt.)

Bisweilen scheint in den Basilikenscholien die Benutzung des einen oder des anderen Index mitten in einem Buche oder gar mitten in einem Titel zu wechseln. So ist vielleicht zu erklären, dass der Index von Dig. 9, 4, 2 pr. § 1 die Ueberschrift *στεφάνου* hat. So ist ferner in Dig. 22, 1 und 3 nur wenig aus Theodorus, das meiste aber aus Stephanus genommen. Vgl. auch sch. 1 zu Bas. 11, 1, 58.

Verfolgt man die Ueberreste von dem Digestenindex des Stephanus, so erkennt man bald, dass er nicht einfach nach dem Urtexte gearbeitet, sondern einen älteren Index zur Grundlage genommen hat¹⁾. Diesen hat er zum Theil in eine weitläufige Paraphrase umgewandelt, zum Theil aber wörtlich übernommen. In letzterem Falle hat er mitunter den ihm vorliegenden Text exhellenisirt, d. h. lateinische Ausdrücke durch griechische ersetzt; nicht immer glücklich, wie denn z. B. *ἱμπεράτορες* (Feldherren) in Dig. I, 5, 4 § 2 (Bas. IV p. 546) durch *αὐτοκράτορες* übersetzt und durch *οἱ ἐν πολέμῳ νικῶντες* erklärt ist. Mitunter beschränkt er sich auf Einschaltung einer Erklärung, welche als solche gewöhnlich durch ein *τουτέστι* oder *ἦτοι* kenntlich gemacht ist²⁾. Letzteres möge durch einige Beispiele³⁾ erläutert werden.

Es lautet der Index von Dig. 2, 15, 8 § 17 (Bas. I p. 678): *Ἐὰν ὁ πραιτωρ προσελευσθῇ διὰ τοῦ διαγινῶναι τὴν αἰτίαν (τουτέστι μὴ διαγνοὺς πρότερον τὴν αἰτίαν) ἐπιτρέψῃ τὴν διάλυσιν, ἀντὶ οὐδενὸς ἔσται ἡ κατὰ τοῦτον τὸν τρόπον γενομένη διάλυσις. τῷ γὰρ πραιτωρὶ ζητεῖν ὑπὸ τῆς ὀρατίωνος κατεπιστεῦσθαι τὰ τῶν τοιούτων διαλύσεων, οὐ μὲν ἀμελεῖν ἢ χαρίζεσθαι (τουτέστι δεῖ τὸν πραιτωρὰ μὴ μόνον διαγινώσκειν, ἀλλὰ καὶ ἐπιμελῶς διαγινώσκειν). εἰ δὲ*

¹⁾ Mommsen sagt in der Vorrede zur Ausgabe der Digesten vom Index des Stephanus: „num ipse Graece fecerit ex Latinis an traxerit ex versione antiquiore, quod magis crediderim, quaerent quorum interest“. — ²⁾ Auch hier ist es zuweilen fraglich, ob des Stephanus Erklärung ganz sicher ist, z. B. wenn er Dig. 17, 2, 79 (B. I p. 784) zu *φαύλην δοκιμασίαν* (pravum arbitrium) hinzusetzt *τουτέστι κακὴν κρίσιν*. — ³⁾ Man vergleiche die ähnlichen Bemerkungen von Mommsen zu Dig. 5, 4, 10.

καὶ μὴ περὶ πάντων ὧν ἡ ὁρατίων ἐπιτρέπει διαγνώῃ ὁ πραι-
τωρ, τουτέστιν εἰ μὴ πρὸς τῇ αἰτίᾳ καὶ τὸν μόνον ἐξετάσει
καὶ τὰ πρόσωπα τῶν διαλνομένων, ἄκνηρον εἶναι φαρμεν τὴν
διάλυσιν, εἰ καὶ τὰ μάλιστα περὶ τινων, περὶ τῆς αἰτίας
τυχόν, ὁ πραιτωρ διέγνω. εἴτε γὰρ τὰ τρία (τουτέστι τὴν
καῦσαν τὸν μόνον τὰ πρόσωπα) μὴ πρότερον διαγνοῖς ἐπι-
μελῶς, εἴτε ἐν ἣ καὶ δεύτερον, τὸ δὲ τρίτον μὴ ἐξετάσας ἢ
ἀμελῶς ἐξετάσας ἐπιτρέψῃ τὴν διάλυσιν, ἀνίσχυρον τὸ γεγονός.

Ein anderes Beispiel bietet der Index von Dig. 3, 5, 3
§ 11 (Bas. Suppl. p. 132): τῆς ζητήσεως οὐσης ἐν τούτοις ὁ
οὐλπιανὸς χώραν ἔχειν φησὶ ἑκατέραν τῶν ἀγωγῶν, τουτέστι
δύνασθαι με κινεῖν κατὰ τιτίου τὴν νεγοτιόρουμ γεστόρουμ,
κατὰ σοῦ δὲ τοῦ ἐντειλαμένου τὴν μανδάτι, καθὰ καὶ αὐτὸς
γράφει ὁ μάρκελλος. ὅν τρόπον εἰ ἐγγυητὴν ἔλαβον μέλλων
δὴ καὶ ἐτοίμως ἔχων τὰ τιτίου διοικῆσαι πράγματα· καὶ
ἐνταῦθα γὰρ φησὶ μάρκελλος καθ' ἑτέρου εἶναι ἀγωγὴν,
τουτέστι δύνασθαι με κατὰ τιτίου τὴν νεγοτιόρουμ γεστόρουμ
καὶ κατὰ τοῦ ἐγγυητοῦ τὴν ἀπὸ τῆς ἐγγύης ἐξιπουλάτου
κινεῖν ἀγωγὴν.

Als drittes Beispiel möge angeführt werden der Index
von Dig. 7, 9, 1 § 4 sqq. (Bas. Suppl. p. 125 sq.), in welchem
der Text verschiedentlich paraphrasirt wird, das τουτέστι
neunmal wiederkehrt und dreimal mit ἤτοι abwechselt.

Ein Schriftsteller, der für seine Gedanken den passenden
Ausdruck wählt, würde nimmermehr sich solche Tautologien
zu Schulden kommen lassen oder durch das τουτέστι κτλ. ein-
gestehen, dass der von ihm im Vorangehenden gebrauchte
Ausdruck nicht deutlich genug gewesen sei. Nur dann wird
man die Erläuterungen durch τουτέστι κτλ. für gerechtfertigt
erklären können, wenn die voranstehenden Worte nicht von
dem Schreiber, sondern von einem anderen Schriftsteller her-
rühren und für erläuterungsbedürftig gehalten worden sind.

Dies führt zu der Frage, welcher ältere Index den Er-
läuterungen oder Paraphrasen des Stephanus zu Grunde liegt.
Und der nächstfolgende Abschnitt soll den Nachweis zu er-
bringen suchen, dass dies kein anderer als der Index des
Theophilus gewesen sein kann.

XXI.

Der Digestenindex des Stephanus hat den Index des Theophilus zur Grundlage.

Die Abhängigkeit des Stephanischen Digestenindex von dem des Theophilus würde von vornherein als wahrscheinlich erscheinen, wenn in der That, wie bisher (auch von mir) angenommen worden ist, Stephanus Antecessor in Constantinopel, also Nachfolger des Theophilus, gewesen wäre. Allein eine eingehende Prüfung der für diese Behauptung angegebenen Gründe lässt dieselbe als nicht stichhaltig erkennen.

Man hat gesagt, Stephanus könne nur in Constantinopel, nicht in Berytus Antecessor gewesen sein, denn Berytus sei (nach Theophanes) im Jahre 551 durch ein Erdbeben völlig zerstört worden, habe also zu des Stephanus Zeit, d. i. gegen Ende der Regierung des Kaisers Justinian nicht Sitz einer Rechtsschule sein können. Allein wir wissen aus der Vorrede zu des Athanasius Epitome Novellarum, dass die Rechtsschule von Berytus zeitweise nach Theupolis (Antiochien) verlegt worden war: Stephanus kann also an der Uebersiedelung Theil genommen haben.

Man hat ferner gesagt, Stephanus führe die Novellen nach einer Sammlung an, welche der in Constantinopel gebräuchlichen von 168 Stücken ähnlich sei, und dies weise darauf hin, dass er in Constantinopel gelebt und gelehrt habe. Allein ein Constantinopler Ursprung der Sammlung von 168 Stücken möchte denn doch noch grossen Zweifeln unterworfen sein: die Aufnahme z. B. von Nov. I. IV. VII als Nov. 155. 152. 160 in jene Sammlung weist vielmehr auf einen Berytischen Ursprung hin. Zudem war der Verkehr zwischen Constantinopel und Beryt lebhaft genug, um Sammlungen und Bücher von der einen Rechtsschule leicht an die andere gelangen zu lassen.

Sind nun die angeführten Gründe nicht stichhaltig, so fällt um so mehr ins Gewicht, dass im Index von Dig. 3, 4, 3 (Bas. I p. 420), welcher wahrscheinlich, und von Dig. 6, 1, 10 (Bas. Suppl. p. 7) und 22, 3, 1 (Bas. II p. 463), welcher zweifellos aus dem Digestenindex des Stephanus stammt, in Beispielen von Phönicien und dem *Φοινικάρχης* und von

Palästina, sowie von Syropiastae und Aegyptopiastae die Rede ist. So erwähnt auch eine wohl von Stephanus herrührende Anmerkung bei Dig. 13, 6, 3 § 6 (Bas. II p. 5) eine Friedensdemonstration in Theupolis (Antiochia) *παριόντος* — so muss statt *περιόντος* gelesen werden — *ἐκεῖ τοῦ πατρικίου βελισσαρίου*. Endlich im Index von Dig. 5, 2, 1 (Bas. IV p. 1), dessen Verfasser wohl Stephanus ist, heisst Justinian *ὁ καλλίνικος*¹⁾ *ἡμῶν βασιλεύς*. Diese Bezeichnung ist ungewöhnlich und von Stephanus auch sonst nicht gebraucht, sie begegnet nur noch bei Athanasius Epit. Nov. IX, 2. Wir werden also durch dieselbe ebenfalls auf Theupolis oder Berytus hingewiesen, wo die erfolgte Beilegung der mit den Persern geführten Kriege zum Aufkommen eines solchen Beiwortes die Veranlassung gegeben haben mochte.

Ist es aber hiernach so gut wie gewiss, dass Stephanus der phönicisch-syrischen Rechtsschule angehört, so darf man doch daraus nicht folgern wollen, dass er ein Werk des Constantinopler Antecessors Theophilus nicht habe zur Grundlage seines Digestenindex nehmen können. Denn der Zusammenhang der juristischen Welt und Gelehrsamkeit dieser Rechtsschule mit der Constantinopler scheint ein ziemlich enger gewesen zu sein, wie schon die Berufung Berytischer Antecessoren als Mitarbeiter an Justinians Gesetzsammlungen nicht ohne nachhaltigen Einfluss geblieben sein kann.

Man darf sich auch dadurch nicht irre machen lassen, dass Stephanus, wo er die Institutionen citirt, dies nicht nach der Bearbeitung des Theophilus, sondern nach einer anderen, wie es scheint kürzeren, thut; dass dies allerdings der Fall ist, möge aus folgender Tabelle hervorgehen. Es wird von Stephanus citirt:

Inst.	im	zu Dig.	in den Basiliken
1, 4 pr.	Index	1, 5, 5 § 3	IV p. 546
1, 4 § 1	Index	1, 5, 6	IV p. 547
1, 11 § 3	Index	5, 2, 8 § 15	IV p. 16
1, 21 pr.	Index	2, 14, 28	I p. 611
2, 1 § 9	Anm.	17, 2, 39	I p. 745

¹⁾ Erinuert an „*inclutus victor*“ in der Ueberschrift des Proömiums der Institutionen, und „*ἐνδοξος νικητής*“ in der Ueberschrift der Mandata in Nov. XXI (17), und der c. Tanta und *Δέδωκεν*.

Inst.	im	zu Dig.	in den Basiliken
2, 1 § 27	Index	6, 1, 3 § 2	Suppl. p. 4
2, 1 § 28	Index	7, 4, 23	Suppl. p. 107
2, 1 § 30	Anm.	6, 1, 37	Suppl. p. 22
2, 1 § 41	Index	2, 14, 16 § 1	I p. 585
2, 7 § 2	Index	2, 14, 7 § 9	I p. 570
2, 20 § 18	Anm.	6, 1, 1 § 3	Suppl. p. 1
3, 10 § 3	Anm.	15, 1, 42	Suppl. p. 227 ¹⁾
3, 19 § 10	Anm.	12, 1, 9	II p. 598
3, 19 § 19	Anm.	12, 1, 9	II p. 598
3, 23	Index	2, 14, 4 § 1	I p. 555
3, 29 § 2	Anm.	2, 15, 4	I p. 670
3, 29 § 3	Anm.	2, 14, 7 § 12	I p. 571
3, 29 § 3	Anm.	12, 1, 9	II p. 598
4, 1 § 16	Anm.	5, 3, 19 pr.	IV p. 204
4, 4 § 10	Anm.	3, 3, 33, § 2	I p. 370
4, 4 § 10	Index	3, 3, 8	I p. 362
		3, 3, 42 § 1	I p. 382
4, 6 § 33	Index	2, 14, 27 § 6	I p. 606
4, 7 § 8	Anm.	17, 2, 84	I p. 789
4, 8 § 3	Index	1, 5, 13	IV p. 548
4, 12 § 1	Index	2, 14, 13	I p. 584.

Ein Vergleich der angeführten Citate mit den Institutionen des Theophilus wird jedem die Ueberzeugung aufdrängen, dass Stephanus nicht jene, sondern (wenn nicht etwa das Original) jedenfalls eine andere Bearbeitung bei seinen Citaten gemeint hat. Aber man darf daraus nicht folgern wollen, dass er desshalb bei seiner Bearbeitung der Digesten auch nicht den Digestenindex des Theophilus zur Grundlage genommen haben könne. Wie leicht ist es möglich, dass Stephanus vorher selbst die Institutionen bearbeitet hatte (wofür mancherlei spricht) und daher das eigene, nicht das fremde Werk citirt!

Sind nun die Bedenken beseitigt, welche gegen die Behauptung, dass des Stephanus Digestencommentar eine Bearbeitung des Theophilischen Index darstelle, geltend gemacht werden könnten, so spricht für diese Behauptung, dass nach

¹⁾ Die Lücken sind hier wohl so zu ergänzen: ἐπι[τέ]τρα[πται] τοῖς κριτ[ή]ταις[ιν δὲ].

den Ausführungen in Abschnitt XX sowohl der Umfang beider Indices als die theils identische theils ähnliche Redeweise auf eine nahe Verwandtschaft hinweisen.

Insbesondere aber wird dieselbe bestätigt durch eine Reihe von Stellen, wo der Index des Stephanus wiederholt, was anderweit als Meinung des Theophilus bezeugt ist.

Von Dig. 3, 2, 4 lautet der Index des Stephanus in Basil. II p. 434: τὰ μὲν οὖν εἰρημένα χώραν ἐχέτωσαν ἐπὶ τῶν ἄλλων ὅσοι τέχνης ἕνεκα παιγνικῆς κατέρχονται εἰς σκηνήν. τοὺς μέντοι ἀθλητὰς οὐδεὶς ἂν εἴποι ἀτίμους. βιρτούτις γὰρ καῦσα καὶ οὐ τέχνης ἕνεκα παιγνικῆς ἀγωνίζονται. καὶ ἀπλῶς εἰπεῖν πάντες οὕτω νομίζουσιν, ὅπερ καὶ λυσιτελές ἐστιν, ὅτι οὕτε οἱ θυμελικοὶ (τουτέστιν οἱ τὰ ἐνθύρια λέγοντες ἐν τοῖς ὀλυμπίοις) οὕτε οἱ ξυστικοὶ (τουτέστιν οἱ ἐν ξυστῶ ἀγωνιζόμενοι, πύκται τυχὸν καὶ τραγωδοὶ καὶ ὅσοι τοιοῦτοι) οὕτε οἱ ἡνίοχοι (hier hat sich in das Scholium eine längere παραγραφὴ eingeschlichen, was weder Fabrot noch Heimbach bemerkt hat: den Zusammenhang stellt der Schreiber wieder her, indem er wiederholt:) οὕτε οἱ ἡνίοχοι οὕτε οἱ τοῖς ἵπποις ῥαίνοντες ὕδωρ οὕτε οἱ λοιποὶ ὑπηρέται τῶν ἐν τοῖς ἱεροῖς ἀγῶσι δουλεόντων ἄτιμοί εἰσιν. Dieser Index ist, — abgesehen von den Parenthesen, welche Zuthaten des Stephanus sind, — offenbar wörtlich von Theophilus entlehnt. Denn Theophilus, welcher in den Institutionen II, 18 § 1 die „ἡνίοχοι“ zu den αἰσχροὶ πρόσωπα gerechnet hatte, wird deshalb von dem schon oben angeführten Scholiasten mit den Worten getadelt: καὶ αὐτὸς γὰρ ὁ Θεόφιλος ἐν τῷ οἰκείῳ ἰνδίκῃ τῶν πρώτων οὐ λέγει τοὺς ἡνιόχους αἰσχροὶ ἢ ἄτιμα πρόσωπα.

Von Dig. 3, 5, 6 § 6 (Bas. Suppl. p. 134) besagt der zu Anfang defecte Index des Stephanus: ἐπειδὴ ὅλως μὴ διαθήσει αὐτοῦ ἀλλὰ τοῦ ὑπεξουσίου τὸν οἰ[κέτην ἡγόρασεν]. Diesen Grund lässt ein altes Scholium (Basil. XVII, 1 schol. 16) von Theophilus ausgesprochen sein, dem also Stephanus hier gefolgt ist.

Dig. V, 3, 57 (Bas. IV p. 236) lautet der Index des Stephanus: Κατεῖχέ τις ἀλλοτριάν κληρονομίαν. πρῶτος δέ τις ἐπεφύη αὐτῷ λέγων ἑαυτὸν εἶναι κληρονόμον, καὶ ἐκὼν ὁ νεμόμενος ἐδεφένδευσε πρὸς αὐτὸν τὴν κληρονομίαν, τουτέστι

δέδωκεν αὐτῷ τὴν ἰουδικάτουρ σόλονι ἱκανοδοσίαν. ἀλλὰ μετὰ ταῦτα καὶ σεκοῦνδος ἐπεφύη κτλ. Auch hier scheint Stephanus lediglich dem Theophilus zu folgen. Denn ein Scholiast bemerkt: *ὁ ἰσίδωρός φησιν ἅμα τοὺς δύο προκατάρξασθαι καὶ τὸν ἕνα ἀμελεῖσαι, Θεόφιλος δὲ κατὰ διαφοροὺς καιροὺς αὐτοὺς λέγει προκατάρξασθαι.*

Allerdings fehlt es nicht an Stellen, wo der Index des Stephanus von Theophilus abweicht. So z. B. bei Dig. 3, 3, 75 (Bas. I p. 399) und 6, 2, 11 § 1 (Bas. Suppl. p. 44). Aber an beiden Orten sucht Stephanus seine Abweichung von Theophilus ausdrücklich zu rechtfertigen: ein Beweis, dass er ihm sonst regelmässig folgt.

So wird es denn als höchst wahrscheinlich anzusehen sein, dass der Digestenindex des Theophilus für des Stephanus Index die Grundlage gebildet habe.

XXII.

Die Summen der Digesten von Cyrillus und Anonymus sind nicht abhängig von den Indices des Theophilus, Dorotheus, Stephanus.

Bekanntlich haben sich in den Basiliken und deren Scholien nächst Bruchstücken aus den eigentlich sogenannten Indices der Digesten auch Bruchstücke von Summen derselben erhalten, und zwar von Summen, die jünger als jene Indices sind und deren eine Cyrillus (der vielleicht mit dem Quirillus der Nov. XXVII (35) identisch ist), die andere einen Anonymus zum Verfasser hat. Aus letzterer ist in der Regel der Text der Basiliken entnommen, während erstere in den alten Scholien nachgetragen ist: von lib. XL sqq. der Digesten aber ist der Text der Basiliken regelmässig aus Cyrillus geschöpft.

Mommsen, der auch die Summen von Anonymus und Cyrillus für die Kritik der Digesten nutzbar gemacht hat, ist zugleich der erste gewesen, der (in der Vorrede zur Ausgabe der Digesten) auf das Verhältniss derselben zu den älteren Indices aufmerksam gemacht hat. Er selbst ist zu dem Ergebnisse gelangt, *tam Cyrillum quam Anonymum ante oculos habuisse praeter archetypum etiam versionem pleniorum, d. h. den einen oder den anderen Digestenindex.* Ich habe diesen Gegenstand weiter zu verfolgen versucht in der Hoffnung, dass sich vielleicht Theophilus als Quelle des Cyrillus erweisen

lassen werde. Diese Hoffnung ist indessen nicht in Erfüllung gegangen: auch meine Forschungen lassen es unbestimmt, wieviel und welche ältere Indices der Digesten die genannten Epitomatoren vor Augen gehabt haben.

Ich will hier die Stellen anführen, die ich mir als wichtig für diese Frage notirt hatte.

Dig. 2, 14, 5 (Bas. I p. 557). Das *περὶ εἰρήνης* des Textes wiederholen ein alter Index (Dor.?) Cyrillus und Anonymus, der Index des Stephanus hat es nicht.

Dig. 2, 14, 7, § 2 (Bas. I p. 559. 562) Hier hat ein alter Index (Dor.?) ebenso wie der Index des Stephanus *εὐλογος αἰτία*. Der Text hat es nicht, ebenso wenig Cyr. und Anon.

Dig. 2, 14, 21 § 4 (Bas. I p. 593). Der Index des Stephanus und des Anonymus sprechen einfach von einem pactum de non petendo, ein anderer alter Index (Dor.?) denkt an ein *συγχωρεῖν ἐξιούσης τῆς αἰρέσεως μετὰ τὴν αὐτεξουσιότητα*, Cyr. beschränkt sich darauf, mit dem Texte *πακτεύει* ohne Zusatz zu sagen.

Dig. 2, 14, 60 (Bas. I p. 638). Der Index des Stephanus übersetzt die *necessariae personae si idoneae sint* mit *συγγενεῖς* ohne Zusatz. Anon. sagt *συγγενεῖς εὐποροί*, Cyr. *ἐξ ἀδιαθέτου ἀξιόπιστοι*, ein anderer alter Index (Dorotheus?) *συγγενεῖς ἀξιόπιστοι*. *Ἀξιόπιστος* für idoneus wird von Dorotheus auch Dig. 47, 2, 52 § 15 (Bas. V p. 500) gebraucht.

Dig. 2, 15, 8 § 19 (Bas. I p. 679) nennt der Index den *κόμης τῶν περιβάτων* und *τῶν θησανρῶν*, Anon. den *φροντιστὴς τοῦ βασιλέως* und den *κόμης τῆς ἰδικῆς περιουσίας*, Cyr. den *προκουράτωρ τοῦ καίσαρος* und *τοῦ βασιλέως*.

Dig. 7, 1, 15 pr. (Bas. Suppl. p. 71). Stephanus hat *refigere* gelesen, Anon. *reficere*.

Dig. 9, 2, 2 § 2 (Bas. V p. 263). Hier hat der Index des Dorotheus: *οἶον πρόβατα αἶγας [βοῦς]¹⁾ ἵππους ἡμιόνους [ὄνους] . . . χοίρους . . . ἐπειδὴ ἐργάζονται*

¹⁾ So ist wohl hier zu suppliren und demnächst *ὄνους* durch Gemination zu ergänzen.

ἡμῖν εἰ καὶ ἡ φύσις αὐτῶν ἀγρία ἐστίν. Anon. kehrt die Sätze um: οἶον βοῦν αἶγα πρόβατον μοῦλαν ἵππον ὄνον σῦν . . . ὥς καὶ φύσει ἄγριοι καὶ ὑποζυγίων χρεῖαν ἐπιτελοῦντες.

Dig. 9, 2, 9 § 1 (Bas. V p. 270). Auch hier andere Stellung der Sätze. Dorotheus: ἐπιχέη κατὰ τινος φάρμακον ἡ τῶν διὰ στόματος καταπινομένων ἡ διὰ [κλυστήρος, ἡ διὰ] κακίστου φαρμάκου ἐπιβουλεύσῃ τινι. Anonymus: ἀλείψει τινὰ φαρμάκῳ ἡ ἐμβάλη αὐτὸ διὰ στόματος ἡ κλυστήρος.

Dig. 9, 2, 27 § 9 (Bas. V p. 290 sq.). Dorotheus: τὸν μισθωσάμενον. Anonymus: τοῦ ἐνοίκου. Cyrillus: τοῦ κολωνοῦ.

Dig. 9, 2, 27 § 11 (Bas. V p. 291 sq.). Das ἐν εἰδήσει im Index des Dorotheus hat weder Cyrillus noch Anonymus.

Dig. 9, 2, 27 § 25 (Bas. V p. 295 sq.). Dor.: τὰς σταφυλὰς . . . ὁμοτέρας. Anon.: ἄωρον . . . ἄμπελον.

Dig. 10, 2, 39 § 2 (Bas. IV p. 272). Der Index hat dem Text entsprechend ἕως ἔτι ζῇ¹⁾, Cyrillus ἐφ' ὅσον ζῇ, Anonymus dagegen ἐν τῷ μεταξὺ.

Dig. 10, 3, 3 pr. (Bas. I p. 793). Der Index hat eine andere Wortstellung als der lateinische Text, und Cyrillus folgt ihm darin. Anonymus ordnet die Worte wiederum anders.

Dig. 10, 3, 3 § 1 (Bas. I p. 793). Anonymus hat ἀδόλως, wie der Text sine dolo malo. Index und Cyrillus ignorieren dies.

Dig. 10, 3, 7 § 9 (Bas. I p. 801). Der Index: οὐ δύναται . . . κινεῖν τὸ κομμοῦνι διβιδοῦνδο οὐτίλιον, ἀλλὰ διρέκτως, ἐπειδὴ τὴν ἰν ῥέμ ἔχει. Cyrillus: διρέκτως κινουῦσιν. Anonymus: οὐτίλιον οὐκ ἔχει, ἐπειδὴ τὴν ἐπὶ τῷ πράγματι (d. i. ἰν ῥέμ) ἀγωγὴν ἔχει. Der Text hat vindicationem.

Dig. 10, 4, 2 (Bas. Suppl. p. 50). Index und Cyrillus haben παραγαγεῖν (oder φανερωῦσαι) τὸ πρᾶγμα, Anonymus παραγαγεῖν ohne τὸ πρᾶγμα.

¹⁾ Dorotheus im Index von Dig. 38, 16, 1 § 4 (Bas. IV p. 477) ἕως ὅτε ζῇ. So ist wohl auch statt ἕως ἔτι zu lesen. Dor. liebt das ἕως ὅτε s. Dig. 38, 7, 5 § 1. 17, 1 § 9 (Bas. IV p. 504. 487).

- Dig. 10, 4, 3 § 14 (Bas. Suppl. p. 52). Der Index hat *διέφθειρε*, Anonymus *γράφῃ* (conscripsit im Texte). Cyr. fehlt.
- Dig. 10, 4, 9 pr. (Bas. Suppl. p. 56). Anon.: *σκορπισθέντος ἢ ἐκχυθέντος*, der Index umgekehrt (nach dem Texte) *ἐκχέῃ ἢ . . . συγκλάσῃ*. Cyr. fehlt.
- Dig. 11, 3, 1 § 3 (Bas. V p. 381 sq.). Der Index hat *dolo malo*, Anonymus nicht.
- Dig. 11, 4, 1 § 1 (Bas. V p. 407). Doroth.: *τοῖς τῆς πόλεως στρατηγοῖς*. Cyr.: *τῷ ἄρχοντι*. Anon. *τῇ τάξει*.
- Dig. 11, 4, 1 § 8 (Bas. V p. 408). Der Index: *δημοσίᾳ ἢ ἐν ναῷ*, die Summe *ἐν ναῷ ἢ τόπῳ δημοσίῳ*.
- Dig. 11, 6, 5 pr. (Bas. V p. 422). Der Index: *ἐλευθερωθῇ*, Cyr. und Anon.: *βλάβῃ*.
- Dig. 16, 3, 1 § 3 (Bas. II p. 24). Der Index übersetzt *tumultus* mit *ταραχῆς*, Anon. und Cyr. mit *θορύβου*. In Dig. 47, 8, 4 pr. (Bas. V p. 569) sagt Dorotheus *ταραχῇ καὶ θορύβῳ*, ebenso Dig. 47, 10, 7 § 5. 48, 6, 11 (Bas. V p. 620. 600).
- Dig. 17, 1, 10 § 3 (Bas. II p. 82 sq.). Anon. lässt „legitimo modo“ aus, der Index aber sagt: *τοὺς κατὰ κλίμα συνεχάζοντας καὶ τὸ ἐκ νόμων μέτρον μὴ ἐξιόντας*. Cyr. fehlt.
- Dig. 17, 1, 12 § 8 (Bas. II p. 93). Das *ἐκχωρήσῃ τὸν ἄγρὸν* des Anonymus kennt weder der Text noch Index oder Cyrillus.
- Dig. 17, 1, 34 pr. (Bas. II p. 121). Hier haben Theophilus und Cyrillus das „nihil magis“ anders verstanden als Anonymus, daher jene *συνίστασθαι δάνειον* oder *τίπτεται* scil. *δάνειον* sagen, dieser dagegen *οὐ συνίσταται δάνειον*.
- Dig. 17, 2, 30. 46. 69 (Bas. I p. 740 sqq.) scheint Anonymus besser mit Theophilus zu stimmen als Cyrillus.
- Dig. 22, 1, 21 (Bas. II p. 702). Der Index: *διὰ τὸ ἐγγυήσασθαι μέτινας πρὸς αὐτὸν ἢ διὰ τὸ εὐτρεπίσαι μετὴν καταβολὴν καὶ διὰ τὸ ἀντιτιθέναι παραγραφήν*. Anonymus hat den hervorgehobenen Satz nicht und kann im lateinischen Texte das *vel* vor *fideiussoribus* nicht gelesen haben.

- Dig. 22, 5, 8 (Bas. II p. 393). Die quibus venire non licet erklärt der Index durch μοναχοὺς ἢ κληρικοὺς περὶ τὴν θείαν λειτουργίαν ἀπησχολημένους. Anon. hat οἱ καλούμενοι ἱερεῖς ἢ κληρικοί.
- Dig. 22, 5, 16 (Bas. II p. 398). Der Index τιμωρῆσαι προσφόρως. Anon. ὑπὸ τῶν προσφόρων ἀρχόντων τιμωροῦνται.
- Dig. 23, 3, 59 § 3 (Bas. III p. 395 sq.). Anon. (qui hic saepe pendet ab altero interprete, sagt Mommsen) stimmt mit Dor. Abweichend ist Cyr., falls dessen Text nicht verdorben ist.
- Dig. 23, 3, 60 (Bas. III p. 396). Die Worte „quousque ratio patitur“ lässt Anonymus unberücksichtigt. Der Index übersetzt τοῦ καλῶς ἔχοντος λογισμοῦ σκοπούμενου, ein Ausdruck, der auch im Index von Dig. 3, 1, 1 (Bas. I p. 323) gebraucht ist. Cyrillus sagt μὴ ὑπὲρ τὸ νόμιμον, indem er die ratio von der Bemerkung Justinians zu verstehen scheint, der in Nov. XLVIII (22) c. 18 die μεγίστη προίξ auf 100 Pfund Goldes beschränkt sein lässt.
- Dig. 23, 3, 78 § 2 (Bas. III p. 420). Ich nehme an, dass der Index hier eine Lücke hat, und schlage vor zu lesen: καὶ τὰ μάλιστα γὰρ οὐχ οἷόν τε ἦν ἐπὶ τὴν γυναῖκα μὴ ἔχουσαν τὴν προπριεταρίαν τὸν οὐσούφρουκτον μετατεθῆναι, [οὐκ ἔμελλε δὲ παραδοθῆναι] ¹⁾ εἰ μὴ τίμημα ἢ ἄλλην τινὰ εὐεργεσίαν παρὰ τοῦ προπριεταρίου πρότερον ἐχομίσατο. Es bleibt aber alsdann noch immer eine Differenz zwischen Anonymus und dem Index des Stephanus: dieser übersetzt beneficium mit εὐεργεσία, jener aber denkt an ein δωρηθῆναι.
- Dig. 24, 2, 9 (Bas. III p. 233). Dor.: παρὰ μαρτύρων ὑπογραφόμενον. Anon.: προσληφθῶσιν μάρτυρες nach dem Texte „adhibitis testibus“. Vgl. den Index von Dig. 48, 5, 43 „ὑπέγραψαν“ (Bas. V p. 742).

¹⁾ Scil. παρὰ τοῦ ἀνδρὸς παρ., was vielleicht auch noch zu ergänzen ist.

- Dig. 24, 3, 2 pr. (Bas. III p. 238). Anon. und Cyr. haben conform dem Texte ἐξ ἀρχῆς. Dor. kennt das „ab initio“ nicht.
- Dig. 24, 3, 7 § 3 (Bas. III p. 243) haben Dor. und Anon. menses statt messes im Text gelesen.
- Dig. 27, 1, 23 § 1 (Bas. III p. 691). Text: ab eo tutores dentur qui in castris merebat. Anon.: παρὰ στρατιωτικῶν ἀρχόντων δοθέντες. Cyr. (oder Index?): παρὰ τοῦ ἐν τῷ αὐτῷ κάστρῳ στρατενομένου δοθέντες.
- Dig. 27, 2, 3 § 5 (Bas. III p. 709). Index: τῶν πονπίλλων ἢ τῶν νέων. Anon.: τῶν ἡτιόνων τῶν κ' ἐτῶν. Cyr.: τῶν νέων ἕως ἐνιαυτῶν. Hier folgen Anon. und Cyr. anscheinend einem Texte, welcher entspricht dem Florentiner „quae intra XX annum constitutae sunt“. Dor. dagegen kann die Worte „pupillarum — constitutae sunt“ nicht gelesen haben, wenigstens ignorirt er sie.
- Dig. 27, 3, 9 § 7 (Bas. III p. 718). Anon. (wenn man die ἐξελληνισμοὺς des Basilikentextes beseitigt) und Cyr. folgen dem lateinischen Texte, Dor. aber scheint das letzte Wort „condictio“ nicht gelesen zu haben.
- Dig. 27, 3, 24 (Bas. III p. 722). Anon.: οὐτε τῇ κατὰ τῶν ὥς ἐπιτρόπων ἀγωγῇ. Dor. scheint die protutela actio im Texte nicht gekannt zu haben. Vgl. Mommsen ad h. l.
- Dig. 27, 9, 3 § 1 (Bas. III p. 749). Anon. hat (nach Auflösung der ἐξελληνισμοὶ) „damni infecti, rei servandae, legatorum servandorum“, Dor. „legatorum servandorum, damni“ gelesen. Auch sonst scheinen dieselben verschiedene lateinische Texte vor sich gehabt zu haben.
- Dig. 37, 1, 14 (Bas. IV p. 55). Dor. hält Propinquus für einen Namen. Anon. aber übersetzt Συγγενής.
- Dig. 39, 5, 8. 31 pr. (Bas. IV p. 567. 575). Der Basilikentext — also wohl Anonymus? — folgt entschieden dem Index des Dorotheus.
- Dig. 40, 8, 8 (Bas. IV p. 713). Dor. συναινούσης τῆς μητρὸς entsprechend dem lateinischen „matre consentiente“.

Cyr. aber, aus welchem hier der Basilikentext stammt: *εἰ μὴ μετέγνων*, als ob der Text laute: *matre non poenitente*.

Dig. 48, 7, 4 § 1 (Bas. V p. 601). Dem Florentinischen Text folgt Anon. Dor. aber hat *de adulteri servo* und *praetori* gelesen.

Die vorstehend angeführten Stellen lassen so viel erkennen, dass von einem einseitigen Anschliessen etwa des Cyrillus an Theophilus oder des Anonymus an Dorotheus jedenfalls nicht die Rede sein kann. Mithin können die von jenen Epitomatoren herrührenden Summen nicht dazu benutzt werden, um je nach deren Zustimmung oder Abweichung die Urheberschaft der einzelnen uns erhaltenen Indices von Digestenstellen zu bestimmen.

XXIII.

Die stylistischen Eigenthümlichkeiten der alten Indices.

Alle Untersuchungen über die alten griechischen Indices der Digesten werden sehr erschwert dadurch, dass deren Bruchstücke nicht bloss in den Scholien der Basiliken erhalten, sondern Stellen aus denselben auch in den Text der Basiliken übergegangen sind. Darauf hat schon Heimbach in seiner Ausgabe to. V p. 45 aufmerksam gemacht. Da solche Stellen meist den von den Compilatoren der Basiliken beliebten Aenderungen unterlegen haben (— Bas. 11, 2, 3 th. 3 z. B. ist aus dem Index von Dig. 2, 15, 3 § 2 und der Summe dieser Stelle von Cyrillus zusammengesetzt —), so ist es doppelt schwierig, deren Herkunft zu bestimmen.

Noch mehr werden die Untersuchungen erschwert durch die mangelhafte Wiedergabe des ohnehin nur fragmentarisch Ueberlieferten in den Ausgaben von Fabrot, Ruhnken und Heimbach, worüber schon Mommsen geklagt hat. Man hat erst mühsam zusammenzusuchen, was in den Scholien der Basiliken aus den alten Indices entnommen ist, und ist man zu einer Uebersicht über das Erhaltene gelangt, so gilt es die überlieferten Bruchstücke kritisch zu prüfen, wo die Handschriften verderbte Lesarten¹⁾ oder ungelenke Verdollmetsch-

¹⁾ Der Index von Dig. 2, 15, 3 (von Dorotheus?) in Bas. I p. 670 übersetzt anscheinend die Worte *interpretatio prudentium fregit* mit

ungen lateinischer Ausdrücke bieten, was zumal bei den erstmals von Heimbach herausgegebenen Scholien keine leichte Arbeit ist.

Endlich ist des Umstandes zu gedenken, dass die Basilikenscholien nicht bloss von dem Index des Stephanus Bruchstücke geben, sondern auch von dessen Anmerkungen zum lateinischen Originale. Diese mit „*παραγραφή*“ oder „*στέφανος ἐκ τῶν παραγραφῶν*“ bezeichneten Anmerkungen können insofern verwirrend wirken, als man geneigt ist, sie mit dem Index in Verbindung zu bringen, d. h. auf Stephanus als den Verfasser des Index derjenigen Stellen zu rathen, bei welchen sich dergleichen Anmerkungen in den Scholien vorfinden. (Ich selbst bin dadurch oftmals irre geführt worden¹⁾, noch öfter ist dies Heimbach im Manuale begegnet. Auch Ferrini irrt, wenn er in der Memoria sull' esistenza della formula proibitoria S. IV die *παραγραφὰς* für integrierende Bestandtheile des Index hält.)

Den geschilderten Schwierigkeiten zu entgehen, giebt es nur einen einzigen Weg, der wenigstens theilweise zum Ziele zu führen verspricht. Er besteht in der sorgfältigsten Beachtung der Schreibweise eines jeden der alten *ἰνδixενται*. Es ist der Weg, der schon in den vorstehenden Abschnitten eingeschlagen worden ist und der auch bei ferneren Forschungen betreten werden muss.

Es handelt sich dabei nicht bloss um Beachtung der bereits vorhin angeführten charakteristischen Redensarten und anderes ähnliches: wie z. B. in dem Index von Stephanus des *ζητήσεως ἄξιον* oder *ἄξιον ζητῆσαι* oder *σκοπῆσαι* (Dig. 2, 14, 21 § 5. Bas. I p. 594; Dig. 4, 5, 5 § 2. Bas. IV p. 555; Dig. 5, 2, 8 § 8. 9. Bas. IV p. 13. 14; Dig. 5, 4, 10. Bas.

ἡ τῶν συμφώνων στενοχωρία συγχωρεῖ! Ich glaube endlich den Schlüssel zu diesem Räthsel gefunden zu haben: *συμφώνων* ist aus *σοφῶν*, *στενοχωρία* aus *οὐ συγχωρεῖ* gemacht, *ἐρμηνεία* war ausgefallen! — Uebrigens lautet auch oft dieselbe Stelle in den verschiedenen Handschriften, ja in derselben Handschrift, gar sehr verschieden. Man vergleiche z. B. den Index von Dig. 17, 1, 22 § 8. Bas. II p. 102.

¹⁾ Solche *παραγραφὰς* scheint Stephanus auch zu solchen Theilen der Digesten geschrieben zu haben, auf welche sich sein Index kaum erstreckt hat. Man vergleiche z. B. die Anmerkung zu Dig. 26, 7, 57 pr. in Bas. II p. 526 sch. 15.

IV p. 249; Dig. 16, 3, 1 § 47. Bas. II p. 39; D. 17, 2, 63 § 3. Bas. I p. 766; Dig. 23, 3, 36. Bas. III p. 372), *φθάσαντες εἵπομεν* (Dig. 5, 2, 8 § 10. Bas. IV p. 15) oder *προϊὼν*¹⁾ ὁ λόγος διδάξει σε, — oder in dem Index von Dorotheus der Art, wie er das quaerit oder tractat oder quaeritur des Textes durch ein referirendes *ἐζητήσεν*, *ἐζητεῖ* oder *ἐζητήθη* wiedergibt, im Gegensatze zu Theophilus oder Stephanus, welche sich in der Regel dem Texte anschliessen. Sondern es gilt die feineren Unterschiede in der Schreibweise oder der Sprache der alten *ἰνδίκενται* zu beachten, wie z. B. Stephanus *νομοθέτης* und *νομικὸς* unterscheidet (mit letzterem bezeichnet er den einzelnen Iurisconsultus, mit ersterem denjenigen, der die Digesten abgefasst und publicirt hat —)²⁾, wie die Bezeichnung des Pflichttheils gewöhnlich durch *νόμιμον μέρος* erfolgt, von Stephanus (?) aber *νόμιμον ποστημόριον* (D. 5, 2, 8 § 6. 8. Bas. IV p. 12) gebraucht wird: wie Dorotheus einige Male officium (iudicis, tutoris) mit *ἔργον* wiedergibt (Dig. 10, 2, 2 § 5. Bas. IV p. 253 — dig. 15, 18 § 2. Bas. IV p. 256. 258. — Dig. 24, 3, 24 § 2, Bas. III p. 266. — Dig. 27, 3, 1 § 3. Bas. III p. 713. — Dig. 47, 10, 17 § 18. Bas. V p. 634), während die Anderen *ὀφφίκιον* als technisch beibehalten: wie endlich Dorotheus das Beiwort *divus* vor Kaisernamen entweder ganz weglässt oder einfach mit *θεῖος* übersetzt (Dig. 24, 1, 3 § 1. Bas. III p. 500. — Dig. 25, 3, 5 § 15. Bas. III p. 522. — Dig. 27, 5, 1 pr. Bas. III p. 730. — Dig. 27, 8, 6. Bas. III p. 742. — Dig. 27, 10, 16. Bas. III p. 773 u. s. w.)³⁾, während Andere, wie Theophilus in den Institutionen, *θειότατος* sagen (Dig. 2, 14, 10 pr. Bas. I p. 578. — Dig. 2, 15, 8. Bas. I p. 673. 677. — Dig. 17, 1, 6 § 7. Bas. II p. 76. — Dig. 22, 5, 3 § 1. 6. Bas. II p. 387. 391. — Dig. 23, 2, 67 § 3. Bas. III p. 180).

Möge es auf diesem Wege mit der Zeit gelingen, in Betreff des Ursprungs der einzelnen in den Scholien der Basiliken erhaltenen Digestenindices zu immer sichereren Ergeb-

¹⁾ Bas. II p. 384 hat Heimbach dafür *περὶ ὧν*, und Bas. I p. 554 gar *προῖκα* (gratis)!! Aehnlich Theoph. Inst. 1, 5 pr. *προϊόντος τοῦ λόγου ἐροῦμεν*. — ²⁾ Dig. 2, 14, 32. Bas. I p. 619; D. 7, 1, 32 § 2. Bas. Suppl. p. 81; D. 7, 4, 1 pr. Suppl. p. 99. — ³⁾ Darum war es irrig, dass ich die Digestenindices im Nomocanon L titulorum als aus Dorotheus geschöpft bezeichnet habe. S. auch Bas. ed. Heimbach VI p. 46.

nissen zu gelangen. Insbesondere wird nochmals zu prüfen sein, ob der Index von Dig. lib. V sq. in den Scholien der Basiliken nicht vielmehr von Theodorus oder Isidorus sei, und nicht von Stephanus, wie in dem Voranstehenden vorläufig angenommen ist.

XXIV.

Lücken in der Florentinischen Digestenhandschrift.

Bekanntlich ist die Florentinische Handschrift der Digesten nicht frei von Lücken verschiedener Art. Mommsen hat dies in der Vorrede zu seiner Ausgabe auf p. LIV sq. ausführlich und schlagend nachgewiesen. Die Entdeckung und Ergänzung dieser Lücken gehört nicht zu den geringsten Vorzügen dieser epochemachenden Ausgabe.

Vielleicht aber bleibt in dieser Richtung noch eine kleine Nachlese übrig.

Ich habe schon früher darauf aufmerksam gemacht, dass in den Basil. 9, 8, 25 zwischen th. 3 und 5 ein th. 4 also lautet:

Εἰ ὁ βλάψας ἀγνοοῦντι τῷ δανειστῇ δῶ τὸ χρέος, οὐκ ἀνατρέπεται τὸ πραχθέν.

Das κεφάλαιον κε' der Basiliken ist eine Summe von Dig. 42, 8, 25 (wohl von Cyrillus): in dieser Stelle aber findet sich nichts den angeführten Worten Entsprechendes. Der Inhalt aber ist des Venuleius, von welchem die Digestenstelle herrührt, nicht unwürdig und passt in den Zusammenhang. Es wird daher kaum einem Bedenken unterliegen, eine Lücke in der Florentinischen Handschrift anzunehmen und zwischen § 2 und 3 der angeführten Stelle einen Paragraphen mit dem angegebenen Inhalte einzuschalten.

Ein anderes Beispiel bezieht sich auf eine Ergänzung von Dig. 37, 13. Der Tipucitus von Bas. 35, 21, 39 lautet:

λθ'. Καὶ περὶ τοῦ ὅτι ὁσάκις τις γραψῇ κληρονόμος εἰς ῥητὰ πράγματα περιαιρουμένης τῆς τῶν ῥη[τῶν πραγ]μάτων μνήμης νοεῖται ἢ ἔνστασις· ἐὰν δὲ στρατιώτης διάθηται εἰς ῥητὰ πράγματα, αὐτὰ καὶ μόνον λαμβάνει ὁ γεγραμμένος κληρονόμος, τὰ δὲ λοιπὰ δίδονται τοῖς ἐξ ἀδιαθέτου.

μ'. Καὶ ὅτι ἐπὶ τῆς παγανικῆς διαθήκης πᾶς ὁ καταδεξάμενος μέρος [ἀπὸ τῆς] διαθήκης, ἐὰν ὁ συγκληρονόμος αὐτοῦ παραιτήσῃται, ἀνάγκην ἔχει καὶ τὸ ἐκείνον καταδέξασθαι.

σθαι μέρος, ἐπὶ δὲ στρατιωτ[ικῆς] τοῦ παραιησαμένου τὸ μέρος οἱ ἐξ ἀδιαθέτου λαμβάνουσιν.

Heimbach (Bas. to. III p. 640 not. c) bemerkt, dass für diese beiden Stellen in den Quellen des Justinianischen Rechts keine entsprechenden zu finden seien, und scheint seinem Bruder beizustimmen, welcher haustos hos locos arbitratur e libello quodam, quo discrimen inter testamentum militare et paganicum consulto expositum fuerit. Allein es ist wohl nicht zu bezweifeln, dass der Tipucitus hier den Inhalt von zwei Basilikenstellen angiebt, wie dies der ganze Charakter des Werks und die Anführung mit *ὅτι* erkennen lässt.

Ist dies richtig und findet man, dass die beiden Basilikenstellen hinter einer Summe von Dig. 37, 13 und vor den Summen von Cod. 6, 21, 1 sqq. gestanden haben, so bleibt wohl nichts übrig als anzunehmen, dass die Florentinische Handschrift in Dig. 37, 13 am Schlusse eine Lücke hat, welche als 1. 2 und 3 mittelst der bezeichneten Stellen auszufüllen ist.

Endlich ist vielleicht in Dig. 40, 7, 30 der Zusatz, den der Index in Bas. IV p. 705 bietet, nicht bloss als Bemerkung des Dorotheus aufzufassen.

XXV.

Zur Texteskritik der Digesten.

Auch in Beziehung auf die Kritik des von der Florentinischen Handschrift überlieferten Textes mittelst Beachtung der griechischen Indices und Summen ist nach Mommsens Leistungen vielleicht noch eine kleine Nachlese möglich¹⁾. Es mag dies durch eine Reihe von Beispielen erläutert werden, zu welchen eine Vergleichung des Textes mit dem Digestenindex des Antecessor Dorotheus die Veranlassung giebt.

Dig. 9, 1, 5 (Bas. V, 262). Consulebatur — respondi kann unmöglich richtig sein: dass Alfenus respondirt habe, wo ein Dritter um Rath angegangen war, ist einfach widersinnig. Es muss entweder consulebar — respondi oder con-

¹⁾ Dass Corruptelen des Florentinischen Textes auch in den dem Theophilus und Dorotheus vorgelegenen Handschriften vorkamen, hat schon Mommsen hervorgehoben. Ein Beispiel gewährt Dig. 17, 2, 25: hier hat die Florentinische Handschrift a Sabinum (statt ad Sab.), der Index (Bas. II, 737) ὑπὸ σαβίνου.

sulebatur — respondit heissen. Für letzteres, was sich auch aus der Analogie anderer Stellen, z. B. Dig. 33, 7, 16, § 1 empfiehlt, spricht der Index des Dorotheus: ἡρωτήθη ὁ σέβριος — καὶ ἀπεκρίνατο. Servius zu suppliren ist darum noch nicht nöthig: Dorotheus kann den Servius erläuterungsweise genannt haben, indem er im Hinblick auf die angeführte und ähnliche Stellen auf denselben rieth, oder auf Grund der Kenntniss der Originalschrift des Alfenus, welche ihm als Mitglied der zur Abfassung der Digesten bestellten Commission zu Theil geworden war.

Dig. 9, 2, 35 (Bas. V 307). Hier bestätigt Anonymus das dominium der Florentinischen Handschrift. Der Index aber hat dimidium (τὸ ἡμισυ) gelesen, gewiss richtiger¹⁾.

Dig. 19, 2, 56. Die Basiliken geben hier übereinstimmend mit der Florentina die Inscription Idem (libro singulari de officio praefecti vigilum), was von Paulus zu verstehen sein würde, welchem die voranstehende l. 55 zugeschrieben ist. Indessen der Index der l. 56 in Bas. II p. 364 nennt als Verfasser Ulpianus, der bekanntlich auch einen liber singularis de officio praefecti vigilum geschrieben hat. Vielleicht erklärt sich diese anscheinende Abweichung daraus, dass in der That wie auch Mommsen für wahrscheinlich hält, in der Florentinischen Handschrift zwischen l. 55 und l. 56 das κεφ. νε' in Bas. XX, 1 ausgefallen ist, und dass dieses Fragment nicht Paulus, sondern Ulpianus zum Verfasser hatte.

Dig. 17, 2, 52 § 9. Idem respondit — praeferre. Dass hier der Text der Florentinischen Handschrift fehlerhaft sei, meint auch Mommsen und schlägt vor, zu lesen vel cogere socium cognatum etc. Man könnte vielleicht einfacher helfen, indem man veluti statt vel setzte. Allein es ist nicht unwahrscheinlich, dass der Fehler tiefer liegt. Denn der Index des Theophilus (Bas. I p. 755) zeigt, dass zwischen poterit und vel mehrere Worte ausgefallen sind, und zwar die Worte

¹⁾ Bei Dig. 22, 5, 4 (Bas. II p. 391) verweist der Index wegen des priore gradu mit Recht auf Inst. 3, 6, 5, wo Theophilus πρόπριος σοβρίνος καὶ πρόπρια σοβρίνα hat. — Bei Dig. 23, 3, 78 § 2 ist im Index (Bas. III p. 420) lin. 25 zu suppliren μετατεθῆναι, [οὐκ ἐμελλε δὲ παραδοθῆναι] εἰ μὴ πτλ., wodurch sich Mommsens Anm. auf p. 685 not. 11 erledigen dürfte.

et socium superstitem cognatis omnibus (προτιμω-
 μένον τοῦ περιόντος κοινωνοῦ πάντων τῶν συγγενῶν) vel cog-
 natum ulteriorem (scil. socium) proximioribus praeferre.

Dig. 17, 2, 52 § 18. Mommsen verwirft die Lesart des Theophilischen Index, welcher Ἀλφῖνος statt des Aufidius der Florentinischen Handschrift hat. Allein gerade in der von Mommsen angezogenen Stelle (D. 35, 1, 40 § 3) braucht Ulpian nicht den Namen Aufidius, sondern Namusa. Ich ziehe daher vor dem Theophilus zu folgen.

Dig. 24, 3, 7 § 3 (Bas. III p. 243). Hier lautet der Index des Dorotheus — berichtet — „εἰ δὲ καὶ τινες μῆνες ἐκ τοῦ ἐνιαυτοῦ, καθ' ὃν ἐγένετο τὸ ῥεπούδιον, κεχρεώσθηται τῷ κολωναῖ κατὰ τὴν δύναμιν¹⁾ τῆς μισθώσεως, τοῦ γάμου πρὸ τῆς τρύγης λυθέντος²⁾, λογιζόμεθα τῷ ἀνδρὶ οὐδὲν ἦιτον καὶ τὴν τούτων τῶν μηνῶν ἀποτίμησην μετὰ τῆς μελλούσης τρύγης.“ Die Florentinische Handschrift hat statt μῆνες und μηνῶν messes und messium. Die griechischen Juristen haben offenbar an dem Plural messes Anstoss genommen, da doch nur von einer Ernte wie nur von einer Weinlese die Rede ist. Cyrillus verbessert stillschweigend, indem er den Singular Θερισμὸς setzt: Dorotheus aber (und mit ihm der Text der Basiliken, also wohl Anonymus) folgt einer abweichenden Lesart menses, welche auch ihre Berechtigung hat. (S. oben S. 279.)

Dig. 27, 2, 3 § 5 (Bas. III p. 709). Die ursprüngliche Lesart war: ad instructionem quoque pupillorum vel adolescentium solet etc. Zur Erläuterung des Wortes adolescentium war beigeschrieben worden: pupillorum vel eorum qui intra vicesimum [quintum] annum constituti sunt. Ein Abschreiber hat dies in den Text aufgenommen, indem er gleichzeitig, da pupillorum bereits vorher stand, das Glossem in pupillarum vel earum — constitutae sunt abgeändert hat: ob das quintum unabsichtlich oder absichtlich (mit Rücksicht auf venia aetatis vgl. auch Ecloga tit. 7 μέχρις ἧς ἐτοῦς χρόνον) weggelassen ist, lasse ich dahingestellt. Den Beweis für diese Darstellung liefern die griechischen Indices. Dorotheus hat einfach τῶν

¹⁾ So ist offenbar statt διμοιρον zu lesen: im Lateinischen steht ex forma locationis. — ²⁾ Handschrift und Ausgaben haben λυθέντος ἀνθεντιῶς. Im Archetypon war verschrieben ΑΥΘΕΝΤΩC und darüber corrigirt ΑΥΘΕΝΤΟC, der Abschreiber nahm Beides auf!

πουπίλλων ἢ τῶν νέων, so dass er im Text bloss pupillorum vel adolescentium gehabt hat, erst die jüngeren Cyrillus und Anonymus haben τῶν νέων ἕως καὶ ἐνιαυτῶν oder τῶν ἡτιόνων τῶν καὶ ἐτῶν. (S. oben S. 279.)

Dig. 27, 10, 7 § 1 (Bas. III p. 770). Die Replik soll nach der Florentinischen Handschrift gelautet haben: aut si satisdatione interposita secundum decretum vendiderit. Statt dessen haben die griechischen Juristen gelesen satisdationem interpositam — non dederit. Dorotheus¹⁾: ἀλλ' εἰ μὴ οὐκ ἔδωκε τὰ ἱκανὰ κατὰ τὴν διαλαλίαν. Cyrillus²⁾: ἀλλ' εἰ μὴ ἱκανὰ οὐκ ἔδωκεν. Anonymus (Text der Basiliken³⁾: μὴ ἀσφάλειαν δέδωκε. Die Lesart der Griechen dürfte der Florentinischen vorzuziehen sein!

Dig. 39, 6, 28 (Bas. IV p. 605). Statt des gewiss verderbten „tot“ der Florentinischen Handschrift hat Dorotheus, wie es scheint, volo gelesen: τὰς πτύχας καὶ τὰ χειρόγραφα . . . μάταια εἶναι βούλομαι. 'Tabulas . . . volo . . . inane esse' möchte ich Mommsens Conjectur vorziehen!

Dig. 47, 2, 38 § 1 (Bas. V p. 481). Dorotheus: πατὴρ δὲ τὴν μὲν φούρτι ἔχει ἐνεκεν τῶν ὑπεξουσίων αὐτοῦ παίδων κλεπτομένων κτλ. Er hat also wohl Liberatorum patri nomine etc. gelesen.

Dig. 47, 2, 81 (80) § 6. Eine Anmerkung des Stephanus zu Dig. 13, 1, 18 giebt für das circumvenerit die sehr beachtenswerthe Variante convenerit (Bas. V p. 445).

Dig. 47, 8, 2 § 19 hat Dorotheus (Bas. V p. 566) gelesen etenim servi, ὑπὲρ γὰρ τοῦ οἰκέτου.

Fast sämtliche eben aufgeführte Stellen entstammen der Sabinusmasse. Sollte Dorotheus und nicht (wie Bluhme will)⁴⁾ Theophilus das Mitglied des Ausschusses gewesen sein, dem die Bearbeitung der Sabinusmasse übertragen war?

¹⁾ Das schol. 2 enthält dessen Index. Es ist da ἐπώλει statt εἰ πωλεῖ zu lesen. — ²⁾ Dessen Summe enthält das schol. 6. Das ἐκδο-
χοῦσι ist richtig und mit vindicantibus zu übersetzen; der Punkt hinter
τοῦτο ist zu streichen, da ἀντίκειται κτλ. dazu gehört. — ³⁾ Am Schluss
muss es heissen: εἰ μὴ παρ' ὃ δόλος πωλύει. — ⁴⁾ Zeitschr. f. gesch.
RW. IV, S. 276.

XXVI.

Zur Kritik der c. *Δέδωκεν*.

Das Blatt der Florentinischen Digestenhandschrift, welches den Anfang der c. *Δέδωκεν* enthielt, ist bekanntlich abhanden gekommen. Wir kennen dessen Inhalt nur aus dem, was Politianus, Augustinus, Taurellius, zu deren Zeiten das Blatt noch vorhanden war, daraus mitgetheilt haben. Der Inhalt der zweiten Seite des Blattes ist uns danach vollständig bekannt: er umfasst die 35 Zeilen der Mommsenschen Ausgabe von den Worten *ἀπερ ἄμω* auf S. XXXV* Z. 17 bis zu den Worten *ἐγγράψαντες τῷ* (einschliesslich) auf S. XXXVII* Z. 26. Von dem Inhalte der ersten Seite ist mehreres im Anfang schon am Ausgange des XV. Jahrhunderts theilweise verwischt und unleserlich gewesen, so dass die oben Genannten hier nur einzelne Buchstaben oder Wörter haben entziffern können.

Schwer zu erklären ist hierbei, wie der ganze Anfang der Constitution mit ihrer Inscription auf der ersten Seite des einzigen verlorenen Blattes gestanden haben kann, denn es handelt sich um mindestens 36 Zeilen der Mommsenschen Ausgaben, also — trotz der wahrscheinlich durch grössere Schrift hervorgehobenen Anfangszeilen — um mehr, als auf der zweiten Seite gestanden hat. Man ist versucht, die Vermuthung auszusprechen, dass diese erste Seite nicht in zwei Columnen, sondern (wie fol. 11¹—19 der Handschrift) in durchlaufenden Zeilen von 60—64 Buchstaben geschrieben gewesen sei. Jedenfalls wird bei Ergänzungen der verblichenen Buchstaben und Wörter darauf geachtet werden müssen, dass dieselben einen möglichst kleinen Raum einnehmen, selbst da, wo der Text der c. Tanta ein Mehreres zu verlangen scheint.

Das Fehlende zu ergänzen ist nun verschiedentlich versucht worden, wie ich glaube nicht überall mit befriedigendem Erfolge. [*Οἱ δὲ*] *τῶν πρὸ ἡμῶν βασιλευχόντων [αὐτοκρατόρων]* ist das lateinische *imperatorum qui ante nos regnarunt*: griechisch ist es nicht. Im Justinianischen Sprachgebrauch erscheinen *οἱ πρὸ ἡμῶν αὐτοκράτορες* z. B. Nov. XCVII (78) c. 5, *οἱ πρὸ ἡμῶν βασιλευχότες* z. B. Nov.

CXXIX (109) prooem., aber οἱ πρὸ ἡμῶν βεβασιλευκότες αὐτοκράτορες würden zu übersetzen sein „die αὐτοκράτορες vor uns welche βασιλεῖς gewesen sind“ — eine unerträgliche Tautologie. — Die χίλια [καὶ τετρακόσια ἔτη ἐκτρέχουσιν] erinnern ebenfalls an das Lateinische (mile quadringentos et quod excurrit annos) und es ist gleiches bei griechischen Autoren nicht nachzuweisen. Und nun gar [ἀπὸ] τοῦ τῆς πρεσβυτέρως ῥώμης [κτίσματος], als ob κτίσμα Erbauung bedeute!

Ich schlage folgende Lesung und Ergänzung vor:

Δέδωκεν ἡμῖν ὁ Θεὸς, μετὰ τὴν πρὸς πέρας εἰρήνην, μετὰ τὸ κατὰ βανδίων τρόποιον καὶ τὴν ὅλης¹⁾ λιβύης κτήσιν καὶ τὴν τῆς ὀνομαστοτάτης καρχηδόνος ἐπανάληψιν, καὶ τὸ τῆς ἐπανασώσεως [τῶν νόμων²⁾ ἔργον] εἰς πέρας ἀγαγεῖν. [οὐδεὶς τινι] τῶν πρὸ ἡμῶν βεβασιλευκόντων [τοιούτων] τι οὐδὲ εἰς νοῦν βάλλεσθαι ἠλπισεν ἄν, οὔτε δυνατὸν ὅλως [τῇ ἀνθρωπῶν φύσει] αὐτὸ ἄν ἐνομίσθῃ. [τὴν γὰρ ῥωμαϊκὴν] νομοθεσίαν [ἀπὸ] τοῦ τῆς πρεσβυτέρως [ῥώμης πολιτισμοῦ⁴⁾] μέχρι τῶν [τῆς ἡμετέρας βασιλείας χρό]νων, οἵπερ ἀμφὶ τὰ χίλια [τετρακόσια ἔτη ἀνύουσιν], οὐκ ἐν τοῖς παλαιοῖς⁵⁾ μόνον ἀλλὰ καὶ ἐν ταῖς βασιλικαῖς διατάξεσι πρὸς ἅπασαν ἄγειν συμφωνίαν τε καὶ διαφώνειαν⁶⁾, καὶ τὸ μὲν μαχόμενον αὐτῆς ἐξελεῖν, τὸ δὲ ταυτόν τε καὶ ὁμοιον ἐξωθῆσαι, μίαν δὲ αὐτῇ κάλλους ἰδέαν παρασχεῖν ὥστε ἓνα τὸν κείμενον ἐφ' ἐκάστῳ καθεστάναι πράγματι νόμον, τῆς ἀνωθεν ῥοπῆς καὶ τῆς ἐκείθεν φιλανθρωπίας ἴδιον ἦν, ἀλλ' οὐκ ἀνθρωπίνης τινὸς διανοίας ἢ ἐγχειρήσεως ἢ δυνάμεως ὅλως.

„Gott hat uns beschieden, dass wir, nachdem Friede mit den Persern geschlossen, über die Vandalen ein Siegeszeichen aufgestellt, ganz Lybien erobert und das vielgenannte Karthago zurückerworben worden ist, auch noch das Werk der Wieder-

¹⁾ Anstatt ὅλην, wie die Handschrift angeblich gehabt hat. Oder sollte ἄλλην (nämlich ausser Karthago) zu lesen sein? — ²⁾ Kaum τῶν παλαιῶν νόμων. — ³⁾ Augustinus hat ἐπ', Taurellus ἐπει. — ⁴⁾ Πολιτισμοῦ entnehme ich aus Lyd. 1, 2. — ⁵⁾ In der Handschrift ist ΛΑΛΟΙC gelesen worden: die Ausgaben haben daher ἄλλοις. Allein das giebt keinen guten Sinn: es wird offenbar auf den Gegensatz der iura und der leges Bezug genommen. — ⁶⁾ Die oben Genannten haben διαφωνίαν gelesen. Dass dies nicht haltbar sei, ist von Krüger hervorgehoben. Man braucht jedoch desshalb die Worte τε καὶ διαφωνίαν nicht zu streichen, da die vorgeschlagene leichte Emendation genügt.

belebung der Gesetze zu Ende haben führen können. Niemand hätte zu hoffen gewagt, dass Einem der vor uns Regierenden etwas der Art auch nur in den Sinn hätte kommen können, noch wurde geglaubt, dass solches überhaupt in der Macht der menschlichen Natur liege. Denn die römische Gesetzgebung seit der Gründung Roms bis zu der Zeit meiner Regierung, was gegen 1400¹⁾ Jahre beträgt, nicht bloss hinsichtlich der alten Schriften, sondern auch hinsichtlich der kaiserlichen Constitutionen in volle Uebereinstimmung und Klarheit zu bringen, alles Widersprechende zu entfernen, das Gleiche oder Aehnliche auszumerzen und ihr eine so einzige Art der Schönheit zu verleihen, dass für jeden Streitfall ein einziges Gesetz vorhanden sei, das war nur der Kraft des Höchsten und seiner Barmherzigkeit möglich, keineswegs aber Sache menschlichen Geistes oder Versuchs oder der Macht!“

Auch in dem Folgenden bedarf es mancher Verbesserungen sei es des Textes der Handschrift, sei es der Lesungen der Gelehrten. So muss es in § 1 heissen: *ἐκ τοῦ πλήθους αὐτῶν τῶν βιβλίων* statt *ἀπὸ τῶν β.*, wo Krüger durch Streichung des *ἀπὸ* zu helfen vorzieht. Ebenda will ich für *ἄνωθεν*, was kaum zu rechtfertigen sein möchte, *ἅπαν τε* zu lesen vorschlagen.

In § 6^a ist statt *τοῖς ἐννέα τούτοις ἀνείτται βιβλίοις* vielleicht zu lesen *ἀνύεται*. Wenigstens scheint dies dem *coadunata est* der c. Tanta besser zu entsprechen.

In § 7^c ist offenbar ausgelassen *ἔτι δὲ καὶ τὰ περὶ δεσποτείας*.

In § 8 ziehe ich vor *ἐγγύης* zu schreiben statt der nur vereinzelt in Handschriften vorkommenden Accentuirung der letzten Silbe²⁾.

In § 8^c ist die Rede von dem Inhalte des fünfzigsten Buches der Digesten. Tit. 11 und 12 sollen handeln *περὶ πανηγύρεων καὶ πόρων ἐπαγγελίας*. Aber Titel 12 handelt nicht

¹⁾ Justinian scheint hier wie in c. Deo auctore § 5 und c. Tanta prooem. der Zeitrechnung des Chronicon Paschale zu folgen. Anders Lydus (de magistr. 1, 2). Georgius Syncellus verbreitet sich weitläufig über die verschiedenen Zeitrechnungen. — ²⁾ *Ψήψων* statt *Ψήφων* in § 8^b der Mommsenschen Ausgabe ist Druckfehler. Ebenso ist p. XXXVII* lin. 25 *οἱ* statt *οῖ* ein Druckfehler.

bloss von der Pollicitation von *reditus*, und das *πόρων* kann daher nicht richtig sein; dagegen ist in Titel 11 von den *ἐμποροὶ* die Rede, welche bei den *nundinae* zusammenkommen: man wird daher zu lesen haben *πανηγύρεων ἐμπόρων καὶ ἐπαγγελίας*. — Zu *καὶ ποικίλων [ἐρω]τήσεων* bemerkt Mommsen: *requiritur διαγνώσεων*, nämlich nach c. Tanta „*diversis cognitionibus*“. Allein es genügt *ποικίλων [ζη]τήσεων* zu lesen d. i. *variis quaestionibus*: die doppelte Bedeutung des Wortes *quaestio* scheint zu der verfehlten Ergänzung *ἐρωτήσεων* verführt zu haben. — Ob statt *[ὄλ]ως* nicht besser *[τέλ]ος* (*denique*) stände gebe ich anheim.

In § 9 habe ich bereits an anderem Orte vorgeschlagen zu lesen: *ἀναφέρει γονεῖς . . . καὶ Λεόντιον τὸν πανεύφημον ἀπὸ ὑπάρχων ὑπάτων καὶ πατρίκιον* (nicht *Πατρίκιον*) *τὸν αὐτοῦ παῖδα*. (In den Sitzungsberichten der K. Akademie der Wissenschaften zu Berlin 1880, S. 1418 Z. 3 von unten findet sich eine ähnliche Redewendung: *εἰς τοὺς τῶν βασιλέων . . . τριγωνίους ἀναφέρει τὸ γένος*).

In § 21 wäre für *πλήθους τοῖς νόμοις ἀφορμὴν* jedenfalls besser *πλ. τῶν νόμων ἀφ.*

In § 23 ist mit *Contius συμβιβασμένον* zu lesen. *Συμβιβασμένον* (von *συμβαίνειν*, *convenire*) für „durch Vergleich beendigt“ kommt meines Wissens in den byzantinischen Rechtsquellen nirgends vor.

XXVII.

Elne Anmerkung zu Nov. XXIII (24) c. 1.

In Nov. XXIII (24) c. 1 findet sich folgende Stelle: *ὅπερ ἐπὶ τῆς Πισιδῶν χώρας ἄρξασθαι πρῶτον βουλόμεθα, διότι καὶ τοῖς ἔμπροσθεν χρονογράφοις εἰρημένον εὐρέκαμεν τὸ πρῶτην ἀπάσης ἐκείνης τῆς γῆς τὸ Πισιδῶν ἔθνος ἐξάρχειν, καὶ νῦν δὲ δὴ τὴν ἐπαρχίαν ταύτην δεῖσθαι μείζονος καὶ σφοδροτέρας ἀρχῆς πιστεύομεν, ¹⁾ ἐπειδὴ περ καὶ κῶμαι μέγιστα κατ' αὐτὴν εἰσὶ καὶ πολυάνθρωποι καὶ πολλάκις πρὸς αὐτοὺς στασιάζουσι τοὺς δημοσίους φόρους, καὶ τοῖς τε ληστρικοῖς ἐκείνοις καὶ ἀνδροφόνοις χωρίοις, ἅπερ ἐπὶ τινος ἀκρωρείας Λύκου κεφαλῆς καλουμένης ἴδρυνται Λυκοκρανιτῶν*

¹⁾ Das Authenticum übersetzt *credidimus* = *πεπιστεύκαμεν*.

τε οἰκητήριον ὀνομάζεται, τὴν ἀρχὴν ταύτην ἐφειστέαναι· καὶ νῦν μὲν οὐ κατὰ τάξιν νόμιμον ἐπ' αὐτὴν χωρεῖν, ἀλλὰ κατὰ τινος ἐπιδρομῆς σχῆμα —

„quod in Pisidorum regione incipere primum volumus (— quoniam et a veteribus chronographis dictum invenimus olim toti illi terrae Pisidorum gentem praefuisse, et nunc hanc provinciam egere majore et acriore magistratu credimus, quia vici maximi in ea sunt et populosi et crebro adversus ipsa tributa fiscalia seditionem movent —) atque latrocinantibus istis et homicidis locis, quae in monte aliquo qui Lyci caput audit sita sunt et Lycocranitarum habitaculum appellantur, hunc magistratum praeesse, et [eum] nunc non secundum ordinem legitimum ad hanc administrationem accedere sed per incursionis quasi figuram“ —

Man sieht die Construction ist einfach, sobald man die Sätze *διότι καὶ τοῖς ἔμπροσθεν* — *δημοσίους φόρους* als eine Parenthese auffasst, in welcher die Gründe der neuen Organisation angegeben werden; das Folgende wird dann wieder von dem *βουλόμεθα* des Anfangs regiert.

Im Einzelnen möge Folgendes bemerkt werden.

Die *νόμιμος τάξις* ist diejenige, welche Justinian kurz zuvor im Nov. XXI (17) c. 16 vorgeschrieben hatte, und welche er ausserdem in Nov. CXVII (95) c. 1. bestätigt. Von diesen Bestimmungen über den Amtsantritt soll in dem gegenwärtigen Falle diesmal abgesehen werden, damit die Uebelthäter durch die plötzliche Ankunft des Statthalters überrascht werden.

Zweifelhaft ist, ob in den Worten *ἐπὶ τινος ἀκρωρείας λύκων κεφαλῆς καλουμένης* das *λύκων* der Genetiv von *λύκος* (Wolf) ist. Im Authenticum sowohl als bei späteren Uebersetzern wird es mit *Lupi* übersetzt. Procopius entscheidet nichts wenn er *De bello Gotth.* III, 27 schreibt: *ἄλλοι λυκοκρανίτας καλοῦσι τῶν πισιδῶν τινας, οὐχ ὅτι λύκων κεφαλὰς ἔχουσιν, ἀλλ' ὅτι λύκων κράνα τὸ ὄρος ἐκλήθη ὃ ταύτη ἀνέχει.* Und ich trage Bedenken den Vorgängern zu folgen, wenn es auch möglich ist, dass Justinian selbst der Urheber des Missverständnisses gewesen ist: ich habe daher *λύκος* nicht mit *Lupi* übersetzt, sondern mit *Lyci*. In Lykien nämlich haben wir es mit einer extrem kurz- und hochschädlichen

Rasse zu thun, welche in vorgriechischer Zeit das ganze Land bewohnte: Reste derselben haben sich heute noch erhalten in manchen ganz einsamen und abgelegenen Gebirgsdörfern¹⁾. Es liegt nahe auch in unserer Stelle an Lykier von auffallender Kopfform zu denken, die auf hohem Gebirge ihre Wohnstätten hatten, wenngleich Procopius von den *λύκων κεφαλαὶ* nichts wissen will. Ist die Kunde von solchen Menschen nach Constantinopel gelangt, so ist es wohl zu begreifen, wie man, da man Virchows Schädelmessungen noch nicht kannte, die *Λύκον* (statt *Λυκίου*) *κεφαλή* als Bergnamen auffassen mochte und wie dann an Stelle des Lykiers ein *Λύκος* tritt, der einem Berge seinen Namen gegeben hat und auf welchem ein räuberischer Stamm (*Λυκοκρανίται* statt *Λυκιοκρανίται*) wohnt.

XXVIII.

Die Subscription der Nov. LXXXI

(Nov. 105. Auth. 34).

Zwei Aeusserlichkeiten in der Ueberlieferung der Novelle LXXXI (105) ziehen die Aufmerksamkeit auf sich.

Zunächst heisst es am Schlusse: Legatur. (Die Venetianer Handschrift hat LEGATU, die Florentinische *λεγάτον*, das Authenticum — nach Heimbach — legi. Es ist wohl nicht zu bezweifeln, dass legatur gelesen werden muss.) Wie der kaiserliche Befehl „Proponatur amantissimo nostro populo Romano“ in der Nov. Valentin. 9, 1. 14, 1, und „Proponatur Constantinopo. civibus nostris“ in Nov. XXXVIII (13) und Nov. CLXXI (141), so ist auch das Legatur ein kaiserlicher Befehl; Ersterer verordnet den öffentlichen Aushang — wohl *ἐδίχτων ἐν τοῖς συνήθεσι καὶ νομίμοις τόποις ἐπὶ δέκα ἡμέρας προτιθεμένων*, wie es am Schlusse von Nov. CXLVIII (120) heisst —, Letzterer befiehlt den Vortrag im Consistorium oder Senat. Die Ausführung des Befehls finden wir zuweilen in den Subscriptionen der Verordnungen ausdrücklich bemerkt, so *Lecta in Senatu* in Cod. Theod. 6, 4, 8. 9. 11, oder *Recitata in senatu* in Cod. Theod. 6, 2, 20. 8, 18, 1, oder *Recitata . . . in novo consistorio palatii Iustiniani* in Cod. 1, 2, 22. 14, 12.

¹⁾ Sitzung der Archäolog. Gesellsch. zu Berlin vom März 1886.

2, 55, 4 und anderen Stellen. Es knüpft dies augenscheinlich an die alten kaiserlichen orationes in senatu an. Es ist zugleich vorbildlich gewesen für die päpstliche Kanzlei: denn nach Pitra *Analecta noviss.* p. 161 sq. pflegte dort mit der gleichen Formel die Vorlage an das päpstliche Consistorium angeordnet zu werden.

Dass das Legi, welches sich bei den Unterschriften am Schlusse der Nov. XLVIII (22) findet, mit einem vorangegangenen Legatur zusammenhängt, ist nicht unwahrscheinlich. Es scheint nämlich, wenn eine Sitzung des Consistoriums nicht in Aussicht stand, die betreffende Verordnung durch Rundschreiben den einzelnen Mitgliedern des Consistoriums mitgetheilt worden zu sein, wo dann diese durch ein Legi und ihre Unterschrift den richtigen Empfang zu bescheinigen hatten. Denn es sind gerade die Mitglieder des Consistoriums, denen nach der Subscription der Nov. XLVIII (22) *ισότυπα* zugegangen sind.

Nach dem Legatur wird in der Subscription der Nov. LXXXI (105) angeführt, an wen ausser dem in der Inscription genannten Hauptadressaten gleichlautende Ausfertigungen gerichtet worden sind. Im Griechischen wird dies eingeleitet mit den Worten: *ἐγγράφη τὸ ἰσότυπον*. Dieselbe Formel ist angewendet bei den Subscriptionen in Nov. XLVIII (22). Das Authenticum aber, welches diese letzteren Subscriptionen nicht kennt, übersetzt in const. 34 die griechische Formel der Nov. LXXXI (105) mit *scripta appari* oder *apparis*. So die ältesten Handschriften, während die Herausgeber, auch noch Heimbach, denen dies unverständlich war, *scriptum exemplum* oder *scripta exemplaria* gesetzt haben. Allein *appari* oder *apparis* ist ein feminines Substantivum, in der subalternen Bureausprache aus *a pari* (= des Gleichen) entstanden, und bedeutet eine gleichlautende Ausfertigung.

Man hat aus dem angeblich späten Vorkommen des Wortes schliessen zu sollen geglaubt, dass auch das Authenticum seine Entstehung einer verhältnissmässig späten Zeit verdanke. Das Wort kommt indessen nicht bloss zu Ende des neunten Jahrhunderts bei Anastasius in den *Vitae Pontificum* ed. Ven. p. 58 vor: hier wird nämlich von des Kaisers Karl M. Schenkung an den Papst gesagt, dass der kaiserliche Notar

davon eine doppelte Ausfertigung (*apparem*), der päpstliche Notar aber Abschriften (*exempla*) gefertigt habe. Sondern schon zu Gregors des Grossen Zeiten war das *a paribus* zur Bezeichnung gleichlautender Ausfertigungen gebräuchlich, wie sich z. B. aus dem *Registrum epistolarum* I, 25. 80. VIII, 28. IX 28. 60. XII, 7 ergibt¹⁾. Und dies führt nahe an die Zeit, in welche ich das *Authenticum* gesetzt habe.

¹⁾ Der Herausgeber der *S. Gregorii M. Opera* bemerkt bei I, 25 zu *a paribus*: *Id est eodem exemplo: scilicet quia plures Epistolae ad singulos exemplis paribus mittebantur. Eodem modo habetur Ep. 80, hui. libri, & Epist. olim 39. & III. lib. 7. Indictione 2, nunc 69. & 106. lib. 9. Videtur nonnullis idem esse quod litterae pariculae vel pariclae; estque conjectura clarissimi viri Hieronymi Bignonii in Notis ad Marculfum. Alia est opinio Claudii Salmasii ex libro de modo usurarum, ubi ait: pariculam chartam, Graecis τὸ ἴσον, esse exemplum quod ex authentico exemplari descriptum est: unde exemplare, describere ex authentico: it aut par sit τῷ πρωτοτύπῳ. Et sic pariculae chartae diversae sunt ab authenticis & originalibus, ut Graecis τὸ ἴσον & τὸ ἰσότυπον diversum est ab ἀχειτύπῳ & πρωτοτύπῳ. Gussanvil. Consule, si placet, Mabillon. De re diplomatica lib. I. cap. 2. num. 7. Idem loquendi modus infra Ep. 80. & lib. IX., Ep. 60. & 106. Lege cod. Theod. tit. de sentiitiis et pariculo (!) recitatis. Alio modo quid significet à paribus explicatur in ms. Pratell. in nota ad Ep. 28. lib. 9. Antonio Subd. Charta quae in distractione & emtione possessionis fieri solet, à paribus propriè dicitur; pro eo quod exemplar illud tam apud emtorem, quàm apud distractorem retinetur atque servatur. Proinde Beatus Greg. interdum huiusmodi ritu usus est, dirigens Epistolas suas ad diversas personas: retinebat enim exemplar apud se, ne fortè cassaretur vel corrumpereetur Epistola sua in itinere. Haec nota eiusdem est antiquitatis ac ipse codex qui 600. an. aetatem praefert. Iuxta conjecturam hanc omnes Gregorii Epistolae à paribus dici potuissent. De ordine Patriarcharum, ut hoc loco servatur, diximus in vita S. Gregorii lib. 2 cap. 1. & de inscriptione à paribus disseruimus.*

VII.

Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen.

Von

Herrn Prof. Dr. **Eisele**

in Freiburg i. Br.

Erster Beitrag.

In Band VII dieser Zeitschrift S. 15 ff. habe ich den Versuch gemacht, aus dem Stil justinianischer Constitutionen äussere Kriterien zur Erkenntniss von Interpolationen in Digesten und Codex zu gewinnen¹⁾. Unter anderem habe ich dort S. 26 f. auf eine eigenthümliche Liebhaberei der Redactoren justinianischer Gesetze aufmerksam gemacht, welche darin besteht, dass in theils überflüssiger, theils sogar unlogischer Weise Ausnahmestände, mit nisi eingeleitet, der rechtlichen Disposition des Gesetzes angefügt werden. Es ist dort auch eine solche Interpolation zu einem Gesetze Constantins (Cod. III, 28, 28 pr.) aus dem Codex Theodosianus (II, 19, 2) nachgewiesen worden. Im Nachstehenden soll nun dieser Punkt weiter verfolgt und damit ein Beitrag zur Lösung der wichtigen Frage geliefert werden, in welchem Umfange die Digesten Interpolationen enthalten.

Eine erkleckliche Anzahl solcher interpolirter Nisi-Sätze hat Gradenwitz, Interpolationen S. 171 ff. nach einem materiellrechtlichen Gesichtspunkt zusammengestellt; dieselben sind grösstentheils Titeln entnommen, die von Vermächtnissen handeln. Auch ich halte diese Stellen, welche hier nicht aufgenommen sind, für interpolirte, kann aber in Bezug auf die

¹⁾ Seitdem ist das Problem der Interpolationen, dessen Wichtigkeit nur allzu lange verkannt worden ist, besonders von Gradenwitz energisch in Angriff genommen worden. Erheblich bequemer werden diese Untersuchungen sein, wenn einmal das Wörterbuch der klassischen Rechtswissenschaft vollendet sein wird.

Begründung dieses Urtheils mit Gradenwitz nicht übereinstimmen. Der Grund hiefür ist unten bei Besprechung einer in diese Kategorie gehörigen, aber von Gradenwitz nicht aufgenommenen Stelle, l. 2 de cond. instit. 28, 7 angegeben¹⁾.

Es versteht sich von selbst, dass es viel zu weit gehen würde, jeden mit nisi eingeleiteten Ausnahmesatz, dessen man allenfalls auch entrathen könnte, für interpolirt anzusehen, und es sind viele solcher Stellen nicht aufgenommen, obwohl vielleicht die eine oder andere interpolirt ist. Auf der anderen Seite will ich von vornherein zugestehen, dass über das Interpolirtsein mancher der im Folgenden zusammengestellten Nisi-Sätze sich streiten lässt: es sind das diejenigen, bezüglich deren sich nur sagen lässt, sie seien durchaus überflüssig, ohne dass sich ein weiteres Verdachtsmoment hinzugesellte. In Bezug auf die überwiegende Mehrzahl halte ich aber die Gründe für die Interpolation für vollständig ausreichend²⁾.

Es kann die Frage aufgeworfen werden, ob nicht die hier zusammengestellten Nisi-Sätze, oder doch ein Theil derselben, Glosseme seien. Sicher giebt es in den Digesten auch Nisi-Sätze, die Glosseme sind. So z. B. ist in l. 43 pr. R. l. 50, 17 der Zusatz nisi lex impedit ohne Zweifel ein mit Rücksicht auf die Bestimmung der Novelle 18 c. 8 beigefügtes Glossem; vielleicht auch in l. 11, § 13 in f. de act. empt. vend. 19, 1 die Worte nisi hoc praestetur. Die im Folgenden verzeichneten Nisi-Sätze sind dagegen für Glosseme meist zu umfangreich; dann ist es auch nicht wahrscheinlich, dass eine so alte und gute Handschrift, wie der Florentinus, so zahlreiche Glosseme enthalten sollte, wie anzunehmen wäre, wenn auch nur ein beträchtlicher Theil dieser Nisi-Sätze Glosseme wären; endlich, da in justinianischen Constitutionen eine Vorliebe für solche Ausnahmesätze nachgewiesen ist, spricht die Vermuthung eher für Interpolationen als für Glosseme.

Welchen Zweck haben die Compileroren mit diesen inter-

¹⁾ In dieser Hinsicht erfreue ich mich der Uebereinstimmung mit Lenel Bd. 9 dieser Zeitschrift S. 182 f. — ²⁾ Absichtlich weggelassen ist l. 19 (18) § 1 de peric. et comm. 18, 6 vergl. mit fr. Vat. 12; man sehe darüber Huschke in der Jurisprud. antejust. zu cit. fr. Vat. Allerdings kann in der Digestenstelle ebensogut das nisi mit Rücksicht auf l. 24 C. de evict. an die Stelle von Papinians tametsi gesetzt sein.

polirten Nisi-Sätzen verfolgt? In verhältnissmässig wenigen Fällen, z. B. D. 13, 7, 4; 19, 2, 13 § 11, handelt es sich um Rechtsänderung bzw. um Adaptirung an den veränderten Rechtszustand. In der Mehrzahl der Fälle scheint die Absicht die zu sein, den Richter vor irriger Rechtsanwendung durch Evidenthaltung der wirklichen oder auch nur scheinbaren Ausnahme zu bewahren. Damit diene man zugleich auch den Studenten, so dass also mit diesen interpolirten Nisi-Sätzen zugleich die Zwecke des Rechtsunterrichts verfolgt werden, denen zahlreiche andere Interpolationen in den Digesten ihr Dasein verdanken, über welche ich demnächst in einem zweiten Beitrag zu handeln gedenke.

Noch habe ich zu bemerken, dass ich zwar verschiedene Bücher der Digesten gerade für die Zwecke dieses Beitrags durchgegangen habe; die Mehrzahl der angegebenen Stellen ist aber aus Anlass anderweitiger Benützung gelegentlich notirt worden, so dass also von Vollständigkeit keine Rede sein kann. Aber schon die gesammelten Stellen genügen voll- auf, um meine früher ausgesprochene Meinung zu bestätigen, dass die Digesten in erheblich grösserem Umfang interpolirt sind, als bisher im Allgemeinen angenommen worden ist.

Ich lasse nunmehr die von mir notirten Stellen nach der Reihe, wie sie in den Digesten stehen, folgen.

D. 1, 5 l. 24. Ulp. l. 27 ad Sab. ¹⁾.

Lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducit.

Man kann zwar sagen: qui nascitur s. l. m. matrem sequitur, nisi lex (specialis ist bestenfalls überflüssig und verräth allein schon die Compileren) aliud inducit. Dagegen das Urtheil, dass jener Satz *iuris naturalis* sei, bleibt natürlich stehen, auch wenn ein Gesetz von jenem Satze noch so viele Ausnahmen festsetzt. Zu sagen: der Satz x ist Naturrecht, ausser wenn ein Gesetz etwas von x Abweichendes bestimmt, ist einfach Unsinn. Ulpian wird nach sequatur, wie er es auch fr. V, 8 thut, die durch die lex Minicia festgesetzte Ausnahme erwähnt haben; die Compileren haben das generali-

¹⁾ Auf diese Stelle hat College Pernice mich aufmerksam zu machen die Güte gehabt.

sirend und kürzend in den Nisisatz zusammengedrängt, ohne zu bemerken, dass dabei Unsinn herauskommt.

D. 2, 11 l. 2 pr. Ulp. l. 74 ad edict. Ist Vadimonium promittirt und nachher ein Vergleich geschlossen, so verfällt natürlich iure civili das Vadimonium, wenn Beklagter sich nicht stellt, es wird aber gegen die Klage exc. doli gegeben. Ulpian fügt hinzu: man könnte sogar der Meinung sein (statt cum etiam ist vielleicht quin etiam zu lesen), etiam transacti negotii exceptionem nocere, quasi etiam de poena (sc. vadi-
monii) transactum sit. Das nun folgende nisi contrarium specialiter partibus placuerit ist nicht von Ulpian, der ja bei seiner Entscheidung schon davon ausgeht, dass über diesen Punkt eben nichts von den Parteien verabredet wurde, und eben darauf hin der transactio die angegebene Tragweite beilegt.

D. 2, 14 l. 3 Modestinus l. 3 regul.

Postquam pignus vero debitori reddatur, si pecunia soluta non fuerit, debitum peti posse dubium non est, nisi specialiter contrarium actum esse probetur. Diesen Satz nisi-probetur kann Modestin aus verschiedenen Gründen nicht geschrieben haben. Es handelt sich um ein stillschweigendes pactum de non petendo in perpetuum, und Modestin sagt, ein solches liege in der Rückgabe des Pfandes allein noch nicht. Natürlich kann aber, wenn andere Umstände hinzukommen, ein pactum de non petendo in der Rückgabe des Pfandes zum Ausdruck kommen; es ist nicht erfindlich vom Standpunkt des klassischen Rechts, weshalb ein specialiter contrarium agi erforderlich sein sollte. Des Weiteren erwäge man noch: 1) warum contrarium agi, da vorher doch nicht die Rede davon ist, dass irgend etwas agitur? 2) Will man spitzfindig sein, so kann man nach dem Satze „nisi-probetur“ so fortfahren: in diesem Falle also debitum peti posse dubium est;“ während die Meinung offenbar ist „debitum peti non potest“; m. a. W., die Fassung enthält eine Zweideutigkeit. Wir halten dafür, dass, wäre der Nisi-Satz von Modestin, dieser vorher anders sich ausgedrückt haben würde, nämlich so: debitum peti potest.

D. 2, 14 l. 7 § 12. Ulpianus l. 4 ad edict.

Quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri „rogavit Titius, spopondit Maevius“, haec verba non tantum pac-

tionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis: ideoque ex stipulatu nascitur actio, nisi contrarium specialiter adprobetur, quod non animo stipulantium hoc factum est sed tantum paciscentium. Es bedarf wohl keines Beweises, dass zur Zeit Ulpians die Kraft eines die Stipulationsklage begründenden Thatbestandes durch einen abweichenden animus der Contrahenten nicht beseitigt werden konnte. Aber auch in seiner Form documentirt sich der Nisi-Satz als Machwerk der Compileren: „specialiter adprobare“ ist justinianisch; vgl. Gradenwitz in dieser Zeitschrift VII, 78 ff., speciell Nr. 10.

D. 2, 14 l. 27 § 8 Paul l. 3 ad edict.

Dass das nisi specialiter aliud actum est absolut überflüssig und selbstverständlich ist, ist klar. Wenn, wie wahrscheinlich, im Vorausgehenden statt ex eo quod pactum erit mit Mommsen zu lesen ist ex eo quod actum erit, liegt die Interpolation auf der Hand.

D. 3, 5 l. 9 pr. Ulp. l. 10 ad ed.

Sed an ultro mihi tribuitur actio sumptuum quos feci? et puto competere, nisi specialiter id actum est, ut neuter adversus alterum habeat actionem.

Die Selbstverständlichkeit des Ausnahmesatzes ist einleuchtend. Die Interpolation würde wohl noch unzweifelhafter erscheinen, wenn der nächste Zusammenhang ersichtlich wäre. Verdächtig scheint mir auch die actio sumptuum.

D. 3, 5 l. 36 § 1 Paul. l. 1 sentent.

Si pecuniae quis negotium gerat, usuras quoque praestare cogitur et periculum eorum nominum quae ipse contraxit, nisi fortuitis casibus debitores ita suas fortunas amiserunt, ut tempore litis ex ea actione contestatae solvendo non essent.

Die Ausnahme nisi fortuito u. s. w. hebt den Satz, dass der gestor das periculum nominum zu tragen habe, zum guten Theil wieder auf. Die Interpolation wäre demnach mit Sicherheit anzunehmen, wenn sie auch nicht durch Paul. sent. I, 4, 3 (Krüger) erhärtet würde.

D. 4, 4, 39 § 1 Scaevola l. 2 digest.

Wegen des Satzes nisi si maluerit u. s. w. vgl. Gradenwitz in dieser Zeitschrift VII, S. 81, Nr. 11. Cura-

toribus eius idoneis constitutis ist byzantinische Wiedergabe des vorausgehenden cum sint idonei curatores.

D. 4, 8 l. 27 § 4 Ulpianus l. 10 ad edict.

. proinde sententia quidem dicta non coram litigatoribus non valebit, nisi in compromissis hoc specialiter expressum sit, ut vel uno vel utroque absente sententia promatur: poenam autem is qui defuit committit . . . Die Hand der Compileren verräth sich durch das specialiter exprimere und dadurch, dass das quidem hinter sententia dem autem hinter poena in einer Weise correspondirt, dass ein so langer Zwischensatz sich damit kaum verträgt. Dazu kommt sachlich, dass, wenn Abwesenheit den Spruch nicht hindert, dann auch für diesen Fall Strafe nicht verfallen kann, dass folglich Ulpian die Eventualität, die mit nisi introducirt wird, wohl nicht ins Auge gefasst haben wird, wenn er schreiben wollte poenam autem is qui defuit committit. Liest man die Stelle unter Weglassung der Worte nisi — promatur, so sind die formellen wie sachlichen Anstösse beseitigt.

Uebrigens ist auch specialiter exprimere immer verdächtig.

D. 5, 1, l. 47 Callistratus l. I quaest.

Observandum est ne is iudex detur quem altera pars nominatim petat: id enim iniqui exempli esse divus Hadrianus rescripsit: nisi hoc specialiter a principe ad verecundiam petiti iudicis respiciente permittetur. Die Stelle ist aus Callistratus l. I quaestionum und handelt von dem iudex datus des Cognitionsverfahrens; denn im Ordinarverfahren ist das Vorschlagen eines iudex seitens des Klägers ganz in der Ordnung. Es ist nun ganz selbstverständlich und braucht nicht erst gesagt zu werden, dass der Kaiser von einer durch ein Kaiserrescript aufgestellten Regel dispensiren kann; tribonianisch ist das specialiter permittere und wenn ich nicht irre das futurum permittetur.

D. 5, 3 l. 25 § 17 Ulp. l. 15 ad ed.

Der berüchtigte Satz: nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent, schon von Mommsen als verdächtig notirt, dürfte wohl auch zu den von den Compileren eingeschalteten Nisi-Sätzen gehören. Dass er inhaltlich unannehmbar ist, steht längst fest und ist zuletzt

gut ausgeführt worden von Serafini Arch. giur. vol. XX p. 406 ff. Sep.-Abdr. S. 8 ff.). Die Annahme Serafinis aber, nisi stehe hier im Sinne von „nur dass“ oder „jedoch“, wie es in zahlreichen von demselben angeführten Stellen in der That steht (z. B. pro Rosc. Amer. 35, 99: nescio, nisi hoc vides, Capitonem in his bonis esse socium), hat ganz entscheidend das gegen sich, dass Ulpian ein paar Worte vorher schon gesagt hat, dass die Käufer Regress haben (quanquam victi emptores u. s. w.); es ist nicht wohl möglich, dass er gleich darauf nochmals gesagt haben sollte: „nur haben freilich die Käufer Regress.“ Die Compileren haben sich durch die ratio dubitandi „quanquam victi emptores reversuri sunt ad eum qui distraxit“ zu dem Nisi-Satz unbesonnener Weise verleiten lassen. Hätten sie Zeit zu einer ruhigen Revision ihrer Arbeit gehabt, würden sie dieses Emblem sicher wieder getilgt haben.

D. 7, 1, 52. Modestinus l. 9 regul.

Usufructu relicto si tributa eius rei praestentur, ea usufructuarium praestare debere dubium non est, nisi specialiter nomine fideicommissi testatori placuisse probetur haec quoque ab herede dari. Der Ausnahmesatz ist als Zusatz der Compileren erkennbar zunächst daran, dass sein Inhalt selbstverständlich ist. Sodann aber durch folgende Einzelheiten: 1. das specialiter: warum soll ein Testator ein derartiges Belieben nicht auch generaliter, d. h. in Bezug auf mehrere von ihm bestellte Niessbrauchsrechte, aussprechen können? 2. Es ist nicht einzusehen, weshalb eine derartige, das Vermächtniss im Vergleich zu den gewöhnlichen Rechtsbestimmungen erweiternde Willensbestimmung des Testators als besonderes Fideicommiss aufgefasset werden sollte; noch weniger aber ist 3. zu glauben, dass Modestin einen derartigen Gedanken so ausgedrückt haben könne: „testatori nomine fideicommissi placuit“!

D. 7, 1 l. 58 § 2 Scaevola l. 3 respons.

Das nisi contrarium specialiter ab herede adprobetur ist überflüssig und das specialiter erst recht: was soll man sich unter einem generaliter adprobare denken? Wegen adprobare an und für sich vgl. oben S. 300.

D. 8, 2 l. 17 § 4 Ulp. l. 29 ad Sabin.

Im vorausgehenden § 3 ist die *lex traditionis* (*mancipationis*) „*stillicidia uti nunc sunt ut ita sint*“ erläutert; dabei ist ganz sicher vorausgesetzt, dass etwas Weiteres eben nicht gesagt ist. Wenn der Jurist nun fortfährt: *Quae de stillicidio scripta sunt, etiam in ceteris servitutibus accipienda sunt*, so ist nicht abzusehen, warum er die angegebene Voraussetzung nun plötzlich aufgeben haben sollte; dann passt aber das *si in contrarium nihil nominatim actum est* nicht. Auch sprachlich ist bedenklich die Zusammenstellung *nominatim agere*; dann *in contrarium agere*, vgl. unten zu D. 18, 4, 4.

D. 8, 2 l. 20 § 5 Ulp. l. 15 ad Sab.

Et omnino sciendum est, meliorem condicionem vicini fieri posse, deteriorem non posse, nisi aliquid nominatim servitute imponenda immutatum fuerit.

Das gesperrt Gedruckte soll doch offenbar heissen: „wenn nicht bei Auferlegung der Servitut ausdrücklich etwas Anderes bestimmt worden ist.“ Dass sich das von selbst versteht, ist klar. Dazu kommt 1. das *nominatim*, 2. die ganz ungewöhnliche Verwendung des Verbum *immutare*, welches hier nicht bedeutet: eine (private) Festsetzung durch eine ändernde Bestimmung ersetzen, sondern eine von der Rechtsregel abweichende Festsetzung treffen. Das „*servitute imponenda*“ klingt byzantinisch genug; indessen konnte in nach *nominatim* vom Abschreiber leicht weggelassen werden, und auch die Basil. scheinen in *servitute imponenda* zu empfehlen (*ἐν τῇ συνίστασθαι τὴν δουλείαν* Heimb. V p. 195).

D. 12, 4, l. 6. Ulpian l. 3 disputationum.

Ein Dosbesteller hat sich die Rückgabe der dos bedungen „*quoquo modo finitum esset matrimonium*.“ Es ist nun ein Fall eingetreten, der im Geding nicht vorhergesehen war: die Ehe ist gar nicht zu Stande gekommen. Hat der Dosbesteller gleichwohl auch jetzt Rückforderungsrecht, oder steht es der Frau zu? Es wird für ersteres entschieden: *et verisimile est in hunc quoque casum* (dass überhaupt die Ehe nicht zu Stande kommt) *eum qui dat sibi prospicere*. Dann ist die Ausnahme *nisi forte evidentissimis probationibus mulier ostenderit, hoc eum ideo fecisse, ut ipsi magis mulieri quam sibi prospiceret* denn doch

wieder gar zu selbstverständlich, als dass wir ihre Beifügung Ulpian zutrauen könnten. Ueberdies weisen die „evidentissimae probationes“ auf die Compileren (vgl. meine oben citirte Abhandlung S. 28), wie auch das *vage hoc fecisse*. Verdächtig ist auch, was zwischen beiden Sätzen steht: *nam quasi causa non secuta habere potest conditionem u. s. w.* Denn darin ist doch keine Begründung für den Ausspruch *verisimile est eum sibi prospicere* enthalten; auch ist *habere potest conditionem* schwerlich römisch.

D. 12, 6 l. 26 § 3 Ulp. l. 26 ad ed.

Indebitum autem solutum accipimus non solum si omnino non debe(b)atur, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat: quare hoc quoque repeti poterit, nisi sciens se tutum exceptione solvit.

Wäre nicht das fr. Vat. 266, so würde derjenige, welcher den Nisi-Satz für Interpolation erklären wollte, sicher dem Vorwurf massloser Interpolationenjägerei nicht entgehen. In der That ist die Interpolation hier geschickt gemacht, und es sind Ulpianische Worte dabei benützt. Ulpian schrieb nämlich: *quare hoc quoque repeti poterit, si quis perpetua exceptione tutus solverit*; vorausgeht *sed et si per aliquam exceptionem peti non poterat, id est perpetuam exceptionem*. Gegen die jetzige Fassung des Fragments in den Vat. fragmenta bis zum Worte *solverit* ist die der Compileren sogar die knappere; aber die Worte *id est perpetuam exceptionem* sind wohl Glossen — oder Zusatz des Redactors der fragm. Vaticana. Immerhin ist der Nisi-Satz des Digestenfragments in zwei Punkten als Interpolation kenntlich. Einmal handelt der Jurist an dieser Stelle nicht von den Bedingungen, unter welchen Zurückforderung eines *indebitum* zulässig ist, sondern von dem Begriff des *indebitum*; die Ausnahme gehört daher nicht hieher. Sodann verräth sich die Hand der Compileren an dem unvermittelten Wechsel des bloss in *sciens* und *solvit* steckenden, nicht besonders (durch *quis* oder dergleichen) hervorgehobenen Subjects; es schwebte ihnen das Ulpianische *si quis perpetua exceptione tutus solverit* noch vor.

D. 13, 7 l. 4. Ulpianus l. 1 ad Sabin.

Dass die Schlussworte *nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit* von den Compileren her-

rühren, ist schon früher wegen des Inhalts im Gegensatz zu Paul. sent. II, 5, 1 u. l. 7 C. de distr. pign. (8, 27) — Worte: non reluctantē lege contractus — vermuthet worden. Ich füge als formelles Kennzeichen der Interpolation dieses Nisi-Satzes an, dass das ei sich nur auf den debitor beziehen kann, während das unmittelbar vorausgehende obligatur den verkaufenden creditor zum Subject hat. Es ist kein glücklicher Einfall von Mommsen, wenn er nach obligatur (ohne Anhalt in dem kritischen Apparat) einschalten will debitori, wodurch der bezeichnete Anstand allerdings gehoben würde.

D. 13, 7 l. 28 pr. Iulianus l. 11 digest.

Si creditor, qui rem pignori acceperit, amissa eius possessione Serviana actione petierit et litis aestimationem consecutus sit, postea debitor eandem rem petens exceptione summovetur, nisi offerat ei debitor, quod pro eo solutum est.

Zahlen einer Pfandschuld von Seiten des gutgläubigen Besitzers der Pfandsache gehört in das Capitel der impensae necessariae und man sollte meinen, es habe sich zu Julians Zeit längst von selbst verstanden, dass der Kläger die hieraus gegen ihn erwachsende exceptio doli durch Anbieten des Gezahlten beseitigen könne. Aeusserlich würde die schleppe Wiederholung des Subjects von offerat, welches ja unmittelbar vorher als Subject von summovetur steht, auf die Compileren weisen. Mommsen will nun freilich statt debitor in dem Nisi-Satze schreiben qui dedit; allein erstens ist diese Emendation etwas gewaltthätig, und zweitens versteht es sich doch ganz von selbst, wem anzubieten ist. Ist der Nisi-Satz von Julian, was sich meines Erachtens mit voller Sicherheit nicht verneinen lässt, so scheint es viel einfacher, die Worte ei debitor als Glossem anzuerkennen; der Text „nisi offerat, quod pro eo solutum est“ dürfte Julians würdiger sein als was dasteht, und als was Mommsen statt dessen setzen will. Ueberdies wird so der Uebelstand vermieden, den auch Mommsen nicht vermeidet, dass eo auf etwas anderes sich beziehe als das kurz vorausgehende ei.

D. 17, 1, l. 29 § 5 Ulpianus l. 7 disput.

In omnibus autem visionibus, quae propositae sunt, ubi creditor vel non numeratam pecuniam accipit vel numeratam

iterum accepit, repetitio contra eum competit, nisi ex condemnatione fuerit ei pecunia soluta: tunc enim propter auctoritatem rei iudicatae repetitio quidem cessat, ipse autem stellionatus crimine propter suam calliditatem plectetur.

Hier dürfte allerdings nicht bloss der Nisi-Satz und was auf ihn folgt, sondern der ganze Paragraph interpolirt sein. Auf die Compileren weisen: a) in omnibus visionibus; b) contra eum; einem klassischen Juristen würde es vollkommen genügt haben, zu sagen, repetitio competit, denn eine Zurückforderung ist selbstverständlich nur möglich gegen den, der bekommen hat; c) ex condemnatione scheint mir wenigstens verdächtig; d) tunc enim (vgl. diese Zeitschrift VII S. 26 Nr. VII) und das quidem — autem; e) stellionatus crimine plecti; ein klassischer Jurist kann allenfalls sagen poena plecti, aber nicht crimine plecti.

D. 17, 1 l. 10 § 10 Ulpianus l. 31 ad edict.

Idem (Labeo) ait, si quid procurator citra mandatum in voluptatem fecit, permittendum ei auferre, quod (vielleicht einzuschalten eius) sine damno domini fiat, nisi rationem sumptus istius dominus admittit. Wie das permittendum zeigt, wird dem Mandatar in diesem Falle, wo er nichts ersetzt verlangen kann, wenigstens eine Art ius tollendi eingeräumt. Wird einer solchen Einräumung eine Ausnahme mit nisi beigefügt, so erwartet man, dass in diesem Ausnahmefall die betreffende Vergünstigung nicht stattfindet. Hier wird aber etwas angeführt, was die Vergünstigung nicht entzieht, sondern sie überflüssig macht, und zwar ist die Sache so selbstverständlich als möglich: wenn der Mandant die Ausgabe sich anrechnen lässt, bedarf es keiner weiteren Rechtsbestimmung.

D. 17, 1 l. 26, § 8 Paulus C. 32 ad ed.

Der Schluss nisi si ut gratis doceret rogatus sit dürfte interpolirt sein; er ist — namentlich bei Paulus — gar zu selbstverständlich.

D. 17, 1 l. 30 Iulianus l. 13 digestorum.

Si hominem tibi dedero, ut eum manumitteres et postea procurator meus prohibuerit, ne manumitteres, an mandati agere possim si tu eum manumiseris? respondi: si procurator iustam causam habuit interpellandi . . . tenebor, nisi denun-

tiationi procuratoris parvero. Die letzten vier Worte heben den gesetzten Fall, dass nach erfolgtem Verbot doch die Freilassung erfolgt ist (si tu eum manumiseris) einfach wieder auf. Sie können unmöglich von Julian herrühren.

D. 17, 2 l. 65 § 7. Paulus l. 32 ad edict.

Das Societätsverhältniss kann auch durch einen Procurator gekündigt werden; ob nur durch einen Specialprocurator oder auch durch einen Generalprocurator, wird gefragt. Antwort: durch beide, nisi prohibuerit eum dominus specialiter renuntiare. Dass dies bei einem Generalprocurator sich von selbst versteht, bedarf keines Beweises. So wie der Nisi-Satz dasteht, bezieht er sich aber auf beide Fälle, auch auf den, wo procuratori hoc ipsum nominatim mandatum est, ut renuntiaret! Auch dieses nominatim ist übrigens verdächtig, wie in

D. 17, 2 l. 81,

wo das nisi si nominatim ita convenisset absolut selbstverständlich ist.

D. 18, 1 l. 67 Pomponius l. 39 ad Q. Muc.

Alienatio cum fit, cum sua causa dominium ad alium transferimus, quae esset futura, si apud nos ea res mansisset, idque toto iure civili ita se habet, praeterquam si aliquid nominatim sit constitutum. Der Ausnahmesatz kann nicht sagen wollen, dass die Regel durch anderweitige Festsetzungen der Contrahenten beseitigt werden könne, denn wenn, wie sehr oft, die causa rei durch ein Recht eines Dritten an der Sache gegeben ist, kann durch den Veräusserungsvertrag daran selbstverständlich nichts geändert werden. Es wird also wohl an die Bestimmungen in l. 2. 3 C. de quadr. praescr. (7, 37) gedacht sein, womit die Interpolation des Ausnahmesatzes constatirt wäre. Dazu stimmt das nominatim constituere aufs Beste, was von einem klassischen Juristen wohl kaum gesagt worden ist.

Dass hier ausnahmsweise nicht nisi steht, erklärt sich vielleicht so. Pomponius hatte selbst einen Ausnahmesatz mit praeterquam si beigefügt, vielleicht mit Rücksicht auf den Fall, wo ein dingliches, das Eigenthum beschränkendes Recht deshalb nicht bestehen bleibt, weil es dem Erwerber zustand. Den Compilatoren mochte die ganz positive oben erwähnte

Ausnahme des neueren Rechts einer Erwähnung mehr zu bedürfen scheinen und sie setzten dieselbe an die Stelle der von Pomponius angegebenen, liessen aber das *praeterquam si* stehen.

D. 18, 4 l. 4 und l. 5.

In l. 4 (Ulp. l. 32 ad ed.) ist das *nisi aliud convenit* absolut überflüssig, wenn auch sonst unverdächtig; wogegen in l. 5 eod. (Paul. l. 33 ad ed.) *nisi in contrarium actum sit* bei gleicher Ueberflüssigkeit auch dadurch Bedenken erregt, dass es dasselbe bedeuten soll wie *nisi contrarium convenit*, während doch von Paulus angesichts der l. 8 de adq. vel am. poss. (41, 2) kaum anzunehmen sein wird, dass er jene Phrase anders als im Sinne des civilrechtlichen *actus contrarius* gebraucht haben werde; vgl. die vollständigere Stelle l. 153 R. I.

D. 18, 4 l. 21 Paul. l. 16 quaest.

... *quemadmodum fundi venditor fructus praestet bonae fidei ratione, quamvis si neglexisset ut alienum, nihil ei imputare possit (imputari posset?), nisi si culpa eius argueretur.*

In den Worten *si neglexisset* ist ein culposes Benehmen schon gesetzt, der Nisi-Satz hat daher keinen Sinn. Uebrigens hat auch das Vorhergehende, ob durch die Compileren oder durch den Abschreiber muss dahingestellt bleiben, Noth gelitten. Der Sinn verlangt nämlich Folgendes: b. f. *ratione, quasi neglexisset alienum, quamvis si neglexisset ut suum nihil ei imputari posset.*

D. 18, 5 l. 5 § 12 Iulian. l. 5 dig.

Emptio nuda conventionem dissolvitur, si res secuta non fuerit. Mortuo autem homine perinde habenda est venditio ac si traditus fuisset, utpote cum venditor liberetur et emptori homo pereat: quare nisi iusta conventio intervenerit actiones ex empto et vendito manebunt.

Dass die Rechtssätze über Tragung des *periculum* durch Vertrag geändert werden können, ist selbstverständlich, und hier daran zu erinnern hatte Julian keine Veranlassung; allerdings würden auch wir bei dieser Stelle keine Veranlassung zum Zweifel haben, wenn nicht so viele Nisi-Sätze sich als unzweifelhaft interpolirt erweisen liessen. Höchstens die

iusta conventio ist einigermassen verdächtig, da für das Epitheton *iusta* kein rechter Zweck ersichtlich ist (anders bei dem *pactum iustum* in l. 52 § 2 de pactis 2, 14).

D. 18, 6 l. 1 pr. Ulpian l. 28 ad Sab.

Sed si nondum sunt degustata (vina), signata tamen ab emptore vasa vel dolia, consequenter dicemus adhuc periculum esse venditoris, nisi si aliud convenit.

Dass eine Vereinbarung über die Tragung des periculum nicht stattgefunden habe, ist hier nicht bloss stillschweigende Voraussetzung, sondern es ist ausdrücklich gesagt im Vorhergehenden (quod si non designavit tempus und im folgenden Satz: aut non convenit); der Nisi-Satz, der das Gegentheil der Voraussetzung besagt, kann wohl nicht von Ulpian sein. Ueberdies scheint mir aber auch der Satz aut igitur convenit, quoad periculum vini sustineat, et eatenus sustinebit, aut non convenit, et usque ad degustationem sustinebit interpolirt, da er ganz dasselbe sagt, was im Satze vorher steht; oder aber es ist vor aut igitur u. s. w. eine längere Erörterung von den Compilatoren gestrichen und die jetzt unnöthig gewordene Recapitulation stehen gelassen worden.

D. 18, 7 l. 2 Marcianus l. 2 publicorum.

Exportandus si venierit ab Italia, in provincia morari potest, nisi specialiter prohibitum fuerit.

Die Entscheidung in provincia morari potest setzt voraus, dass beim Verkauf nur Ausfuhr aus Italien bedungen worden; der Ausnahmesatz ignorirt dies und ist selbstverständlich. Auch das specialiter ist ein Lieblingswort der Compilatoren.

D. 19, 1 l. 6 § 4 Pompon. l. 9 ad Sabin.

Nach Labeo muss dafür, dass ein verkaufte Gefäss ganz sei, stets eingestanden werden, nicht bloss im Falle des dolus und wenn es besonders versprochen ist. Den Zusatz nisi in contrarium id actum sit halte ich für Interpolation, einmal weil sich die Ausnahme von selbst versteht, sodann aus dem zu 18, 4, 4 angegebenen sprachlichen Grunde.

D. 19, 1 l. 13 § 11 Ulp. l. 32 ad ed.

Si in locatis ager fuit (nämlich ein verkaufte Ackergrundstück), pensiones utique ei cedent qui locaverat: idem et in praediis urbanis, nisi si quid nominatim convenisse proponatur.

Aus dem vorausgehenden *utique* ist zu ersehen, dass Ulpian eben nur den Fall im Auge hat, dass über die *pensiones* zwischen Käufer und Verkäufer keine Vereinbarung getroffen ist. Zu beachten ist auch das *nominatim* und das ungenaue *quid*: wie, wenn gerade das noch besonders verabredet ist, dass der Pachtzins dem Verpächter zustehen solle?

Das *nisi aliud convenit* im vorausgehenden § 10 bietet, wenn schon die Möglichkeit einer Interpolation auch da vorliegt, doch keinerlei äussere Verdachtsmomente dar.

D. 19, 1 l. 38 pr. Celsus l. 8 dig.

Hier erscheint zwar der Satz *nisi hoc actum est ut dumtaxat decem praestaret* auch ziemlich überflüssig, aber da hier richtig abgestellt ist auf *id quod actum est* im Gegensatz zu dem beliebten *specialiter* oder *nominatim* *exprimere* oder *convenire* der Compileren, so möchte ich mich eher gegen Annahme einer Interpolation aussprechen.

D. 19, 1 l. 45 § 2 Paul. l. 5 quaest.

Der Satz *sed hoc ita, si non Arescusa elegerit emptoris patronatum: tunc etenim et illius remanet liberta* u. s. w. ist von den Compileren, denn kurz vorher (zu Anfang des § 2) ist ausdrücklich der Fall so gestellt, dass Arescusa *recusat emptorem* und eben dies ist auch in dem zugehörigen Fragment l. 43 wiederholt ausdrücklich gesagt.

D. 19, 2 l. 11 § 3 Ulp. l. 32 ad ed.

Qui vinum de Campania transportandum conduxisset, deinde mota a quodam controversia signatum suo et alterius sigillo in apothecam deposuisset, ex locato tenetur, ut locatori possessionem vini sine controversia reddat, nisi culpa conductor careret.

Was hier die culpa des conductor soll, ist nicht erfindlich; er ist ex locato schuldig, den Wein ex deposito herauszunehmen und dem locator abzuliefern, gleichviel ob ihm in irgend einer Beziehung culpa zur Last fällt oder nicht. Er haftet zwar zu Ulpian's Zeit auch der rei vindicatio, aber wenn er dem locator abliefert, kann er nicht als einer gelten, qui dolo desiit possidere; es wird also durch die getroffene Entscheidung kein Interesse desselben geschädigt. — Aeusserlich ist die Interpolation erkennbar an der schwer-

fälligen Wiederholung des in allen vorausgegangenen Verbis, zuletzt in reddat, steckenden Subjects qui conduxisset = conductor.

D. 19, 2 l. 13 § 5. Ulp. eod.

Der Satz: huic sententiae addendum est, nisi periculum quoque in se artifex receperat: tunc enim etsi vitio materiae id evenit, erit ex locato actio scheint mir von den Compilatoren zu sein, die diesmal etwas weitschweifiger waren als in ähnlichen Fällen. Formell ist der Indicativ receperat anstössig; über tunc enim vgl. meine cit. Abhandlung S. 26.

D. 19, 2 l. 13 § 11 in f. Ulpian. l. 32 ad ed.

In urbanis autem praediis alio iure utimur, ut prout quisque habitaverit, ita et obligetur, nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est. Auf diese Stelle ist schon in dem Eingangs erwähnten Aufsätze hingewiesen. Der Nisi-Satz ist verdächtig einmal durch das für ein bonae fidei negotium in klassischer Zeit sonst unerhörte Erforderniss der Schriftlichkeit, zweitens dadurch, dass man nicht recht sieht, was denn in diesem Ausnahmefalle gelten solle. Wahrscheinlich ist an das gedacht, was vorher für praedia rustica verworfen ist in dem Satze quod autem diximus u. s. w. Dort ist lustrum conductioni praestitutum die klassische Vorlage für die byzantinische Nachbildung certum tempus conductioni comprehensum.

D. 19, 2 l. 19 § 2 Ulp. l. 32 ad ed.

Der Schlusssatz haec omnia sic sunt accipienda, nisi si quid aliud specialiter actum est ist schwerlich von Ulpian, der ja in dem, was vorausgeht, offenbar von der Voraussetzung ausgeht, dass aus dem Parteiwillen nichts zu entnehmen ist. Verdächtig ist auch das specialiter, und überdies meine ich, Ulpian würde statt sic — nisi si gesagt haben: ita — si non.

D. 19, 2 l. 24 pr. Paul. l. 34 ad ed.

Si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitrato domini opus adprobetur, und ebenso wenn auf das arbitrium eines Dritten abgestellt ist, soll sich das nur auf die Beschaffenheit des Werks, nicht auf die vertragsmässige Frist beziehen: nisi id ipsum lege comprehensum sit. Aber Paulus hat eben vorher angegeben, was in lege comprehensum est, nämlich über eben diesen Punkt nichts.

D. 19, 2 l. 51 § 1 Iavol. l. 11 epist.

Der Jurist setzt den Fall *si ita opus locasti, ut bonitas eius tibi a conductore adprobaretur*, und entscheidet, dass hiegegen der Umstand nicht in Betracht komme, dass verabredet wurde, *ut in singulas operas singula pecunia daretur*. Wenn es nun heisst: *nisi si ideo in operas singulas merces constituta erit, ut arbitrio domini opus efficeretur: tum enim nihil conductor praestare domino de bonitate operis videtur*, so ist damit der ursprünglich gesetzte Fall (*si ita locasti u. s. w.*) geradezu negirt. Aeussere Kennzeichen der Interpolation sind der (schon mit dem Satze *poterit itaque u. s. w.*, der gleichfalls interpolirt ist, eintretende) Subjectswechsel (*dominus* statt *tu*) und die barbarische Wendung *nihil de bonitate operis praestare*, welches den Gegensatz ausdrücken soll zu *praestari a conductore debet, si id opus vitiosum factum est*. Vgl. auch: *universitas consummationis!*

D. 19, 2 l. 60 pr. Labeo poster. l. 5.

Cum in plures annos domus locata est, praestare locator debet, ut non solum habitare conductor ex kalendis illis cuiusque anni, sed etiam locare habitatori si velit suo tempore possit. itaque si ea domus ex kalendis Ianuariis fulta in kalendas Iunias permansisset, ita ut nec habitare quisquam nec ostendere alicui posset, nihil locatori conductorem praestaturum, adeo ut nec cogi quidem posset (possit?) ex kalendis Iuliis refecta domu habitare, nisi si paratus fuisset locator commodam domum ei ad habitandum dare.

Es ist ganz offenbar, dass Labeo ein Hauptgewicht darauf legt, dass dem Miether unbeschränkte Gelegenheit zum Weitervermiethen gegeben werde; aus diesem Grunde entscheidet er, dass der Miether nicht gezwungen werden könne, das erst am 1. Juli bewohnbar hergestellte Haus zu beziehen. Dazu passt aber der Nisi-Satz, der nur darauf abstellt, dass dem Wohnungsbedürfniss des Miethers abgeholfen wurde, ganz und gar nicht. Vorgenommen ist die Interpolation mit Rücksicht auf l. 9 pr. h. t. „*plane si . . . locator paratus sit, aliam habitationem non minus commodam praestare aequissimum ait absolvi locatorem.*“ Allein in dieser Stelle handelt es sich um die Verpflichtung des locator zur Interesseprästation wegen Eviction, von der er unter der angegebenen Bedingung frei

wird; in unserer l. 60 dagegen darum, ob der Miether das Beziehen der Wohnung ablehnen darf. Nach der Interpolation ist der Miether verpflichtet, einstweilen die Aushilfswohnung zu beziehen und sodann, wenn die gemiethete Wohnung hergestellt ist, in diese umzuziehen.

D. 20, 4 l. 3 § 1. Papin. l. 11 respons.

Cum ex causa mandati praedium Titio, cui negotium fuerat gestum, deberetur, priusquam ei possessio traderetur, id pignori dedit: post traditam possessionem idem praedium alii denuo pignori dedit. prioris causam esse potiore apparuit, si non creditor secundus pretium ei qui negotium gesserat solvisset; verum in ea quantitate quam solvisset eiusque usuris potior fore constare, nisi forte prior ei pecuniam offerat; quod si debitor aliunde pecuniam solvisset, priorem praefereendum.

Hier fällt zunächst der Zwischensatz nisi forte prior ei pecuniam offerat deswegen auf, weil er selbstverständlich ist, und weil die ganz überflüssige Erwähnung des ius offerendi den Zusammenhang nur stört. Sieht man aber genauer zu, so wird man nicht umhin können, sich für Interpolation des ganzen Schlusses von verum in ea quantitate an zu entscheiden, in welchem die Compileren das, was schon gesagt war, in höchst unpapinianischer Weise breitgeschlagen haben, um bei dem Leser kein Missverständniss aufkommen zu lassen. Es handelt sich doch lediglich um das Prioritätsverhältniss der beiden Pfandrechte, und Niemand wird bestreiten können, dass, auch wenn Papinians Responsum mit gesserat solvisset schloss, über diesen Punkt durchaus kein Zweifel mehr übrig blieb.

D. 21, 1 l. 14 § 9 Ulp. l. 1 ad ed. aed. cur.

Si venditor nominatim exceperit de aliquo morbo et de cetero sanum esse dixerit aut promiserit, standum est eo quod convenit (remittentibus enim actiones suas non est regressus dandus), nisi sciens venditor morbum consulto retinuit: tunc enim dandam esse de dolo malo replicationem.

Wenn der Verkäufer bezüglich einer Krankheit unter namentlicher Anführung derselben (nominatim) nicht haften zu wollen erklärt, so kann man doch nicht sagen, er habe sie

verschwiegen; der Nisi-Satz enthält also keinen Ausnahme-
thatbestand (in dem Sinne, dass das „consulto sciens“ die dif-
ferentia specifica der Ausnahme darstellte), sondern vielmehr
einen dem si venditor n. exceperit entgegengesetzten That-
bestand, und kennzeichnet sich dadurch als ein Werk der
Compiler, umsomehr, als der Satz tunc enim dandam
esse . . . replicationem zeigt, dass der unhaltbare Ausnahme-
standpunkt auch inhaltlich (nicht bloss formell durch Gebrauch
des nisi) eingenommen wird. — Die Worte remittentibus —
dandus dagegen möchte ich nicht mit Gradenwitz (Interpol.
S. 84) für interpolirt erklären, denn einmal passt dieser Be-
gründungssatz zum Vorausgehenden, während er zum Fol-
genden nicht passt, da man von remittere actiones doch nur
gegenüber dem reden kann, der nominatim de aliquo morbo
excepit; und dann ist das Bedenken von Gradenwitz wegen
regressus hinfällig, da es hier nicht „Regress“ (an den Ver-
käufer), sondern „Rückkehr“ (zu den actiones) bedeutet.

D. 21, 1 l. 33 pr. Ulp. l. 1 ad ed. aed. cur.

Proinde Pomponius ait iustam causam esse, ut quod in
venditione accessurum esse dictum est, tam integrum praeste-
tur, quam illud praestari debuit, quod principaliter venit . . .
sed hoc ita, si certum corpus accessurum fuerit dictum . . .
idem probat et si fundus cum instrumento venierit et in in-
strumento mancipia sint. Auch hier ist also der Fall so ge-
stellt: entweder certum corpus accessurum dictum est, oder
dies ist nicht geschehen; dass irgend etwas anderes aus-
gemacht sei, ist nicht unterstellt, denn die Entscheidung ba-
sirt gerade darauf, dass nichts sonst ausbedungen ist.
Wenn nun gesagt wird

puto hanc sententiam veram, nisi si aliud specia-
liter actum esse proponatur,

so ist dieser Nisi-Satz nicht nur überflüssig (Gradenwitz,
Interpol. S. 214 f.), sondern im Widerspruch mit dem, was im
Vorausgehenden stillschweigend hinsichtlich des Thatbestandes
angenommen ist.

D. 21, 1 l. 38 § 7 Ulp. l. 2 ad ed. aed. cur.

Caelius quoque scribit, non omnia animalia castrata ob id
ipsum vitiosa esse, nisi propter ipsam castrationem
facta sunt inbecilliora.

Was der Nisi-Satz zum Ausdruck bringen will, ist schon mit den Worten *ob id ipsum* im Hauptsatz gesagt; denn das will heissen: schon wegen der Castration allein und abgesehen von nachtheiligen Folgen, die diese im concreten Falle sonst noch hatte. Dass der Nisi-Satz aber nicht bloss überflüssig, sondern auch unlogisch ist, leuchtet ein: ist doch jetzt eigentlich gesagt, wenn die Thiere *propter castrationem facta sunt inbecilliora*, dann seien sie *ob id ipsum*, weil sie castrata sind und abgesehen von etwaigen Folgen, *vitiosa*!

D. 21, 2 l. 4 pr. Ulp. l. 32 ad ed.

Ulpian sagt auf die Frage, ob der Verkäufer eines Sklaven schuldig sei, wegen der Eviction des Kaufgeldes Bürgen zu stellen:

et est relatum, non debere, nisi hoc nominatim actum est.

Wieder liegt der Fall so, dass Ulpian seine Frage stellt und beantwortet unter der Voraussetzung, dass in dieser Beziehung nichts ausgemacht worden ist, welcher Voraussetzung der Nisi-Satz widerspricht. Formell ist in demselben ausser dem *nominatim* verdächtig der Indicativ *est* und das *hoc*, welches eigentlich beziehungslos dasteht und statt dessen man erwartet *aliud*.

D. 21, 2 l. 37 pr. Ulpian l. 32 ad ed.

Emptori duplam promitti a venditore oportet, nisi aliud convenit: non tamen ut satisdetur, nisi si specialiter id actum proponatur, sed ut repromittatur.

Der erste Nisi-Satz kann recht wohl von Ulpian sein, welcher gegenüber der allgemein üblichen *duplae stipulatio* andeuten wollte, dass sie doch nicht zwingenden Rechtes sei. Der zweite dagegen ist nicht nur überflüssig — was man ja allenfalls auch von dem ersten sagen kann —, sondern er schiebt die Antithese *sed ut repromittatur* in schleppender Weise hinaus und verräth in dem *specialiter* die Compileren. In

D. 21, 2 l. 56 Paul. l. 2 ad ed. aed. cur.

passt zu dem Auspruch

non tamen ut vulgus opinatur etiam satisfacere debet qui duplum promittit, sed sufficit nuda repromissio

schlecht das folgende nisi aliud convenerit, denn es ist klar, dass Paulus den Fall voraussetzt, dass über die Frage, ob satisfactio oder einfache repromissio, nichts verabredet ist.

D. 21, 2 l. 75 Venuleius l. 16 stipul.

In diesem Fragment halte ich den Schlusspassus nisi hoc specialiter accessum sit für interpolirt, und dergleichen die auf die beiden vorausgehenden Nisi-Sätze folgenden selbstverständlichen und mit tunc enim eingeleiteten Sätze: tunc enim liberum ab omni servitute praestandum, und tunc enim teneri eum, qui ita dixerit. Auch teneri non posse statt non teneri ist nicht unverdächtig.

D. 26, 1 l. 18. Neratius l. 3 regul.

Feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est, nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulent. Das kann Neratius schwerlich als Ausnahmefall im Rechte seiner Zeit gefunden haben; noch im Jahre 224 rescribte Alexander (l. 1 C. quando mulier 5, 35) einer gewissen Otacilia, die doch wohl um Uebertragung der Vormundschaft nachgesucht haben wird: tutelam administrare virile munus est, et ultra sexum femineae infirmitatis tale officium est. Wir werden also — wozu auch wieder das specialiter eine starke Anregung giebt, da man sich doch generell um Vormundschaften nicht zu bewerben pflegt — einen Zusatz der Compileren anzunehmen haben, hervorgegangen aus dem Streben, zwischen dem klassischen und dem späteren Recht (l. 2 C. eod. von 390) eine Vermittelung herzustellen. Sehr schüchtern angezweifelt ist der Satz nisi u. s. w. von Schlesinger in der Zeitschr. f. Rechtsgesch. 8, S. 52.

D. 28, 5 l. 63 (62) § 1 Modestinus l. 2 pandectarum.

Quotiens non apparet, quis heres institutus sit, institutio non valet (quippe evenire potest, si testator complures amicos eodem nomine habeat et ad designationem singulari nomine utatur): nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit revelatum, pro qua persona testator senserit.

Ist der, den man einsetzen wollte, mit richtigem Namen genannt, geht aber der Name auf Mehrere, so kann, da der Erbeinsetzungswille zum richtigen Ausdruck gekommen ist, auf beliebige Weise festgestellt werden, wer gemeint war; es

braucht das nicht aus dem Testament festgestellt zu werden. Ja bei *error nominis* liess man auch falsche Benennung gelten, wenn nur der oder das Gewollte anderweitig ermittelt werden konnte (l. 4 pr. de leg. I [30] und dazu Jherings Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 32 ff.). Wenn also Modestin sagt, dass *non apparet, quis heres institutus sit*, so ist damit eben der Fall gesetzt, dass nicht anderweitig ermittelt werden kann, wer instituiert werden wollte. Danach hat der Nisi-Satz keinen Sinn. Er hat Sinn (und namentlich die *aliae probationes* haben Sinn), wenn Modestin gemeint hätte: „so oft aus dem Testament nicht erhellt, wer eingesetzt sei“ — das hat er aber nicht gemeint. Uebrigens verrathen sich die Compileren hinlänglich schon durch die *probationes apertissimae* (Bd. VII S. 28 dieser Zeitschrift, Nr. VIII), durch *revelatum* und *pro qua persona testator senserit*.

D. 28, 7 l. 2 Ulp. l. 6 ad Sab.

Ein Sklave ist zum Erben eingesetzt unter der Bedingung *si meus erit cum moriar*. Wie wenn der Testator diesen Sklaven *pro parte* veräussert hat? Ulpian entscheidet: *verius est non defecisse condicionem*. Was nun folgt:

nisi evidentissimis probationibus testatorem voluisse apparuerit pro hac condicione haec verba inseruisse, si totus servus in dominio eius remanserit: tunc enim parte alienata condicio deficit,

ist Interpolation. Aeusserlich ergeben dies: die *probationes evidentissimae*, ferner *voluisse inseruisse*, dann der selbstverständliche Satz *tunc enim u. s. w.* (vgl. Ztschr. VII, S. 26 Nr. VII), endlich *haec verba*, was auf die vorausgegangene *institutio* geht, während das folgende *si totus servus* zu *hac condicione* gehört¹⁾. Sachlich ist der Fall von der Art derjenigen, die Gradenwitz Interpolationen S. 171 ff. behandelt, in deren Auffassung ich mit diesem Schriftsteller aber nicht übereinstimmen kann. Meiner Meinung nach wird schon im klassischen Recht der *voluntas* bezüglich des Testa-

¹⁾ Die Gänsefüsschen bei *si totus servus in dominio eius remanserit* in den beiden Mommsenschen Ausgaben sind augenscheinlich falsch; sie wären richtig, wenn stünde *si totus servus in dominio meo remanserit*.

ments zur Geltung verholfen, sofern diese voluntas noch im Testament irgendwie zum Ausdruck gekommen ist. Ulpian aber, indem er fragt, wie ist das „si meus erit“ zu verstehen, supponirt eben, dass sich über die voluntas nichts ermitteln lässt, also just das Gegentheil dessen, was im Nisi-Satz steht.

D. 30 l. 33 Paul. l. 3 regularum.

Der Ausnahmesatz *scilicet nisi ipse testator ex scriptura manifestissimus est utrumque eorum solidum accipere voluisse* gehört zu der Kategorie derjenigen, welche Gradenwitz in der Eingangs erwähnten Schrift zusammengestellt hat. Der Grund, weshalb Gradenwitz diese Stelle nicht aufgenommen hat, liegt wohl darin, dass das ganze Fragment von den Compilatoren überarbeitet ist, vgl. meinen cit. Aufsatz S. 30.

D. 41, 2 l. 34 pr. Ulpian. l. 7 disput.

Si me in vacuum possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero, non adquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus. Der Nisi-Satz erweist sich als interpolirt, weil aus dem Vorhergehenden deutlich ersichtlich ist, dass es sich eben nicht um einen blossen error nominis handelte. Dazu kommt aber noch Folgendes. In den Digesten fährt Ulpian nach den angeführten Worten fort: *quoniam autem in corpore consenserimus, an a te tamen recedat possessio u. s. w.* Dass vor *consenserimus* die Negation fehlt, ist klar; der Ausfall erklärt sich aus dem vorausgehenden *in corpore consenserimus* des Nisi-Satzes. Ebenso klar ist aber, dass zu dem „an a te tamen recedat possessio“ das „quoniam autem“ schlechterdings nicht passt. Die Compilatoren haben ihren Nisi-Satz an unpassender Stelle, nämlich zu früh, eingeschoben und in Folge dessen dann noch *autem* hinter *quoniam* beigefügt. Ulpian aber hat geschrieben: *si me in vacuum possessionem non adquiram possessionem, quoniam in corpore non consenserimus. An a te tamen recedat possessio u. s. w.* Eine Erklärung des *non adquiram possessionem* war am Platz, da der missus ja thatsächlich in Folge der missio auf den fundus Cornelianus gegangen ist, und es ist nicht wahrscheinlich, dass

der sonst nicht wortkarge Ulpian diese Erklärung nicht gegeben habe; so aber wie sie in den Digesten steht, kann er sie nicht gegeben haben, denn dieses *quoniam autem in corpore non consenserimus an a te tamen recedat possessio* spricht aller Stilistik Hohn.

D. 42, 2 l. 2 Ulp. l. 58 ad ed.

Non fatetur qui errat, nisi ius ignoravit. Die Worte *nisi ius ignoravit* hält Buhl Beiträge zur Lehre vom Anerkennungsvertrag S. 76 für interpolirt. Er hat dafür nur einen sachlichen Grund, nämlich den, dass nach anderen Stellen ein aus Irrthum abgelegtes Geständniss nur mittelst Restitution beseitigt werden kann. Man wird doch sagen dürfen, der Nachweis, dass zahlreiche Nisi-Sätze interpolirt sind, wirke in einem solchen Falle *fundatam intentionem* für denjenigen, der Interpolation behauptet.

D. 42, 8, l. 22 Scaevola l. 5 responsorum.

Cum in vetus creditum unus creditor pignora accepisset, quaero, an in fraudem ceterorum creditorum factum nullius momenti esset. Der Fragesteller will wissen, ob nicht darin, dass ein Gläubiger für eine bisher unversicherte Forderung sich Pfand bestellen lässt (weil er anfängt, in die Solvenz des Schuldners Zweifel zu setzen), ein *in fraudem creditorum gestum* liege, und die Pfandbestellung also ungültig sei. Dass dies der Sinn der Frage sei, ergibt die Antwort: *respondit creditorem non idcirco prohibendum a persecutione pignorum, quod in vetus creditum ut obligaretur, pactus esset, m. a. W.,* es liege in dem bezeichneten Vorgang kein *in fraudem creditorem gestum*. Es liegt auf der Hand, dass das was nun folgt: *nisi id in fraudem ceterorum creditorum factum sit* hier gar keinen vernünftigen Sinn hat. Als Zusatz der Compileren schon hiedurch genügend gekennzeichnet, erweist sich der Nisi-Satz als solcher auch noch dadurch, dass das weiter folgende *et ea via iuris occurratur, qua creditorum fraudes rescindi solent*, was doch (da es von *respondit* nicht regiert sein kann) grammatisch mit *nisi* verbunden werden müsste, in dieser Verbindung abermals keinen Sinn giebt. Vgl. übrigens Gradenwitz Interpolationen S. 200, wo der Satz, ohne dass übrigens eine nähere Begründung gegeben wäre, als wahrscheinlich interpolirt bezeichnet ist. Mommsens Con-

jectur „et ea via iuris curratur“ kann ich gar keinen Geschmack abgewinnen, sie beseitigt auch die Schwierigkeiten in keiner Weise.

D. 43, 19 l. 1 § 2 Ulp. l. 70 ad ed.

Neque ad praesens tempus refertur usus, quia plerumque itineribus vel via non semper utimur, nisi cum usus exegerit ita.

Mommsen will hier durch Streichen von semper und von ita helfen. Nachdem wir so viele interpolirte Nisi-Sätze kennen gelernt haben, will es uns wahrscheinlicher dünken, dass auch hier einer vorliegt. Was der Nisi-Satz will, steckt schon in plerumque.

D. 44, 5 l. 1 § 1 Ulpian. l. 76 ad ed.

Si pupillus sine tutoris auctoritate detulerit iusiurandum, dicemus non obstare exceptionem istam, nisi tutore auctore in iudicio delatio facta sit. Die Worte nisi — facta sit sind nicht bloss deshalb widersinnig, „weil doch auch ein extra iudicium (im Sinne Ulpians: ius) seitens eines Pupillen mit auctoritas tutoris angetragener und geschworener Eid zweifellos exco iuris iurandi begründet“ (Demelius Schiedseid und Beweiseid S. 55), sondern sie sind schon aus formell logischen Gründen zu beanstanden. Es ist hier einer derjenigen auch in justinianischen Constitutionen vorkommenden Fälle, wo das Gegentheil des Ausnahmestandes — sine tutoris auctoritate — schon im Thatbestand der Regel selbst enthalten, für eine Ausnahme also gar kein Platz ist.

D. 45, 1 l. 58 Iulianus l. 54 digestorum.

Dass in diesem Fragmente der Schlusssatz:

nisi in omnibus novandi animo hoc facere specialiter expresserit: tunc enim priore obligatione expirante ex secunda introducitur petitio et tam iter quam usus nec non quinque exigere possunt

von den Compilatoren herrührt, machen schon die Ausdrücke „specialiter exprimere“, dann „iter, usum exigere“, endlich das „tunc enim“ (Bd. VII, S. 26 dieser Zeitschrift, No. VII) wahrscheinlich. Dazu kommt, dass die veteres nach Justinians Bericht in l. ult C. de nov. 8, 41 (42) ja unter Umständen schon Novation annahmen ohne ausdrückliche Erklärung des Novationswillens: dass bei ausdrücklicher Erklärung Novation eintrete, war selbstverständlich, wenn sich die Sache überhaupt zur Novation anliess. Kein klassischer Jurist kann

also ausdrückliche Erklärung des Novationswillens verlangt haben; dies ist vielmehr von den Compilatoren in Gemässheit der cit. l. ult. C. de nov. geschehen. Ob Julian eine anders gefasste Ausnahme beigefügt hatte, oder gar keine, kann nicht festgestellt werden.

D. 45, 1 l. 126 § 1 Paulus l. 2 quaestionum.

Am Schlusse einer längeren Auseinandersetzung sagt Paulus:

plerumque enim in stipulationibus verba, ex quibus obligatio oritur, inspicienda sunt: raro inesse tempus vel condicionem ex eo, quod agi apparebit, intellegendum est: nunquam personam, nisi expressa sit.

Dieses „nisi expressa sit“ ist offenbar absolut unlogisch, denn vorher ist ja ausdrücklich von dem die Rede, was in der Stipulation nicht ausgedrückt ist, vielmehr ex eo quod actum est ergänzt werden soll. In Anbetracht seiner Kürze könnte dieser Nisi-Satz auch ein Glossem sein: einstweilen werden wir befugt sein, uns wegen der Autorschaft an Tribonian und Genossen zu halten.

D. 46, 3 l. 100 Paulus l. 10 responsorum.

Die Stelle ist augenscheinlich in mehrfacher Hinsicht corrupt. Soviel ist sicher, dass Paulus sein Responsum (welches, wie es dasteht, ziemlich nichtssagend ist):

his tutoribus vel curatoribus recte pupillo pecuniam debitam solvi, qui negotia eius administrant: eos autem, qui provincialium rerum curatores vel tutores sunt, Italica negotia administrare non solere

nicht durch den folgenden Satz eingeschränkt haben kann:

nisi specialiter tutores provincialium rerum, ut sibi Romae redderetur, promitti curaverunt.

Denn jenes allgemeine Responsum bleibt ja auch dann wahr, wenn der Fall des Nisi-Satzes vorliegen sollte. Dieser Nisi-Satz hätte nur Sinn, wenn er etwa mit folgendem Responsum verbunden wäre:

iis autem, qui provincialium rerum curatores vel tutores sunt, Romae solvi non posse.

Aeusserlich verräth sich die Hand der Compileren durch die äusserst schleppende und ganz überflüssige Wiederholung „tutores provincialium rerum“.

D. 50, 17 l. 27 Pomponius l. 16 ad Sab.

Nec ex praetorio nec ex sollemni iure privatorum conventione quidquam immutandum est quia actionum modus vel lege vel per praetorem introductus privatorum pactionibus non infirmatur, nisi tunc, cum inchoatur actio, inter eos convenit.

Klar ist, dass der Inhalt dieses Ausnahmesatzes in keiner Weise in den Rahmen des klassischen Rechts passen will: hier gilt der Satz *actionum modus* u. s. w. schlechthin. Was aber soll der Nisi-Satz im Sinne der Compileren bedeuten? An die Aenderung der Klage zu denken, welche bis zur *litis contestatio* zulässig ist (l. 3 C. de lit. cont. 3, 9) liegt nahe genug; aber dazu bedarf es keiner *conventio* und andererseits ist natürlich in den Worten *quia actionum modus* *non infirmatur* an Aenderung der Klage nicht gedacht, es müssten also diese Worte von den Compileren gründlich missverstanden sein. Es scheint mir der Schlüssel zum Verständniss dieser Interpolation in dem Satze (D. 18, 5 l. 5 § 2) zu liegen: *actiones* können *re integra* durch *conventio* beseitigt werden. Dabei ist dann der Actionstypus, von dem Pomponius spricht, verwechselt mit dem concreten Klagerecht. Von einem Wahlrecht der Parteien zwischen verschiedenen *modi agendi* kann Pomponius nicht wohl gesprochen haben (Wlassak, Röm. Processgesetze I, 122; *Litiscontest.* im Form. Proc. Not. S. 69), denn das ist ja keine *mutatio* der bestehenden *modi actionum*.

Nachschrift zu D. 30 l. 33 oben S. 318. Diese Stelle ist von Gradenwitz Interpol. S. 13 besprochen.

VIII.

Ueber die römischen Handlungsbevollmächtigten.

Von

Herrn **E. Ruhstrat,**

Präsidenten a. D. in Oldenburg.

Unter den Handlungsbevollmächtigten verstehe ich nicht die Institoren, welche meistens Sklaven oder Hauskinder des Geschäftsinhabers waren, sondern gewaltfreie Personen, die zur Betreibung eines Gewerbes als Procuratoren bestellt waren. Von einem derartigen Procurator ist z. B. die Rede in der aus Papinians lib. III resp. entlehnten l. 19 pr. D. de institoria act. 14, 3, wo es heisst:

In eum, qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem praeposuit, utilis ad exemplum institoriae dabitur actio, quod aequè faciendum erit et si procurator solvendo sit, qui stipulanti pecuniam promisit.

Wäre der procurator im Fall dieser Stelle ein wirklicher institor, so hätte, wie sich nachher ergeben wird, die echte institoria gegeben werden müssen, da das Geschäft, welchem er vorgesetzt war, in verschiedenen Stellen als ein wirkliches Handelsgewerbe anerkannt wird. Die Contractschliessungen der Procuratoren aber fielen, wie ich hier gleich hervorheben will, nicht unter das Edict des Prätors über die adjecticischen Klagen. Der dritte Contrahent erhielt auf Grund der Contracte, welche er im Interesse des Principals mit Procuratoren geschlossen hatte, die institorische actio neg. gestorum. Der Procurator haftete nicht und der Principal konnte die von dem Procurator begründeten Klagerechte ohne vorgängige Cession geltend machen, so dass also die rechtlichen Verhältnisse, welche durch die Contractschliessungen gewaltfreier Vertreter im Handelsverkehr begründet wurden, grosse Aehnlichkeit hatten mit denen, welche durch die jetzigen handelsrechtlichen Vertreter hervorgerufen werden. Doch bestand ein

wesentlicher Unterschied. Dass im Interesse des Principals (*contemplatione domini*) contrahirt worden, ergab sich aus jeder bei der Contractschliessung erfolgten Bezugnahme auf die Vollmacht oder den Machtgeber, war also regelmässig ohne Schwierigkeit festzustellen. Nach den heutigen Grundsätzen muss der Vertreter entweder ausdrücklich oder stillschweigend im Namen des Vertretenen contrahiren. Wie schwierig und bedenklich aber die so oft nothwendige Feststellung ist, dass stillschweigend im Namen des Vertretenen contrahirt sei, und wie sehr die Betheiligten in dieser Hinsicht dem willkürlichen Ermessen der Richter anheimgegeben sind, will ich hier nicht wiederholen. — Es konnten nun zwar bei den Römern auch nach Einführung der institorischen *actio neg. gestorum* immer noch gewaltfreie Personen als Institoren bestellt werden, deren Contractschliessungen dann nach dem prätorischen Edict zu beurtheilen waren, aber das wird immer seltener vorgekommen sein, weil der Principal und der Vertreter sich besser dabei standen, wenn der letztere als *procurator* bestellt wurde. Freilich konnte der Institor bei jeder einzelnen Contractschliessung zu vereinbaren suchen, dass die Contractsklage gegen ihn selbst nicht erhoben werden dürfe, allein er hätte leicht das Misstrauen dritter Contrahenten erregt, wenn er jedesmal auf seine persönliche Sicherheit Bedacht genommen hätte. Auch wurde im Drange der Geschäfte nicht immer ängstlich erwogen, ob der Handel zu einem Streite führen werde. Darum musste es zweckmässiger erscheinen, dass die mit der Contractschliessung eintretende Haft des Vertreters regelmässig, ohne ausdrückliche Vereinbarung, gleich wieder aufhörte und nur bestehen blieb, wenn dies ausdrücklich verabredet wurde. Dass letzteres vorkam, ergiebt sich z. B. aus der schon angeführten und nachher noch näher zu besprechenden l. 19 pr. D. de instit. act. Statt dessen wurde in den Fällen, wo die alleinige Haft des Machtgebers dem Dritten nicht genügte, gleich bei der Contractschliessung auch wohl ein Bürge bestellt, was sich z. B. aus Papinians l. 31 pr. D. neg. gest. ergiebt. Ulpian erwähnt in l. 10 § 5 D. mand. 17, 1 einen ganz ähnlichen Fall, in welchem Papinian sich darüber ausgesprochen hat, dass der mit der Aufnahme eines Darlehens beauftragte *procurator*

einen Bürgen bestellt habe. Der Bürge gewährte dem Gläubiger die Sicherheit, welche der procurator nicht zu leisten brauchte und auch nicht leistete.

Ich will nun versuchen diese Aufstellungen, soweit es erforderlich ist, aus den Quellen nachzuweisen. Den Zusammenhang der wohl zuerst von Papinian gegebenen *actio ad exemplum institoriae*¹⁾ mit dem prätorischen Edict über die adjecticischen Klagen habe ich in den Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 26 S. 459 ff. zu entwickeln gesucht. Ich muss darauf kurz zurückkommen. Wenn ein *institor ejus rei causa cui praepositus fuit* mit einem Dritten contrahirte und der Dritte mit ihm darin einig war, dass *ejus rei causa etc.* contrahirt wurde, so wurde angenommen, dass der *institor* nicht bloss in eigenem Namen, sondern auch in dem des Principals contrahirt habe und es würde dem Dritten sein, dem *institor* gegenüber begründetes Rechtsmittel auch gegen den Principal gegeben, indem die im Namen des Principals erfolgte Contractschliessung als im voraus durch die Vollmacht gebilligt angesehen wurde. Die Rechtsmittel, welche der *institor* dem Dritten gegenüber begründet hatte, konnte der Principal ebendeshalb, weil auch der *istitor* haftete, in der Regel erst geltend machen, nachdem sie ihm vom *institor* cedirt waren. Ergab sich im einzelnen Falle, dass der *institor* bloss in eigenem Namen contrahirt hatte, so wurde angenommen, dass ein Rechtsverhältniss nur zwischen dem Dritten und dem *institor* begründet worden sei. Diese Vorschriften, welche für die Contracte der *Institoren* und *Magister* berechnet waren, fanden selbstverständlich auf die Contracte der *Procuratoren* keine Anwendung. Aber Papinian fand es unbedenklich, jene prätorische Auffassung der Vollmacht und ihrer rechtlichen Wirkung in Ansehung der von Bevollmächtigten geschlossenen Verträge, ausserhalb des Handelsrechts zur Geltung zu bringen und wusste unter Benutzung dieses Gesichtspunktes an der Hand des geltenden Rechts in den Fällen, wo ein blosser *procurator ejus rei causa cui praepositus fuit* mit einem Dritten contrahirt hatte, ein der *institutoria* an Wirkung gleichstehendes Rechtsmittel des Dritten gegen den

¹⁾ Vgl. Pernice, *Labeo* I S. 496.

Machtgeber nachzuweisen, wobei er zugleich dahin gelangte, dass der procurator nicht in der Haft verblieb und der Machtgeber die vom procurator begründeten Klagen ohne Cession geltend machen konnte. Indem er die prätorische Auffassung, nach der einem institor, welcher ejus rei causa etc. contrahirte, ein doppelter Vertragswille zuzuschreiben war, bei Seite liegen liess, vielleicht deshalb, weil er eine analoge Anwendung dieser Bestimmung für unzulässig hielt, daneben aber der Meinung war, dass die prätorische Vorschrift dem Parteiwillen selten entspreche, begründete er sein neues Rechtsmittel etwa in folgender Weise: Wenn der Procurator mit dem Dritten bei der Contractschliessung darin einig ist, dass vollmachtgemäss, also lediglich wegen des Machtgebers und in dessen Interesse contrahirt werde, so müssen sie vernunftgemäss den Willen haben, dass die in der Person des Procurators entstehenden Verbindlichkeiten lediglich von dem Machtgeber erfüllt werden sollen. Das entspricht ja allerdings nicht der hergebrachten Schulmeinung, aber es entspricht und entsprach schon zu Papinians Zeit dem Parteiwillen. Danach verzichtet der Dritte gleich mit der Contractschliessung contemplatione domini auf sein gegen den Vertreter begründetes Rechtsmittel, während dieser den Verzicht annimmt und zugleich kraft seiner Vollmacht im Namen des Principals genehmigt, indem er stillschweigend erklärt, dass dieser zu erfüllen habe. Kann der Institor den Principal dadurch verpflichten, dass er auf Grund seiner Vollmacht im Namen desselben contrahirt, so erscheint die Annahme nicht bedenklich, dass der Procurator den Machtgeber auf Grund der Vollmacht in der Weise verpflichten kann, dass er in dessen Namen genehmigt. Wer das nicht zugeben will, der muss auch in dem Fall, wo der Bevollmächtigte in eigenem Namen contrahirt, dabei aber mit Dritten ausdrücklich vereinbart hat, dass der Machtgeber zu erfüllen habe, dem Dritten jedes Rechtsmittel absprechen und zwar aus dem Grunde, weil nicht die richtige Form gewählt sei. Wollte aber ein Machtgeber sich darauf berufen, so würde er damit beweisen, dass er sich auf Schleichwegen seiner unleugbaren Verbindlichkeit zu entziehen suche, denn ob ein vollmachtgemäss abgeschlossenes Geschäft im Namen des Principals errichtet

wird, oder in der Weise, dass der Vertreter in eigenem Namen contrahirt, daneben aber dem Machtgeber kraft seiner Vollmacht die Verbindlichkeit auflegt, die Erfüllung des Contracts zu übernehmen, kann für die unbefangene Beurtheilung keinen Unterschied machen. Die Meinung aber, dass die einmal in der Person des Vertreters entstandene Verbindlichkeit sich nicht durch blosse Vereinbarung übertragen lasse, ist als verfehlt zu betrachten. Die Uebertragung erfolgt, wie ich schon früher gezeigt habe, in der Weise, dass der Gläubiger *contemplatione domini* und mit der Absicht vom Machtgeber Ersatz zu fordern, auf seine Contractsklage verzichtet und dass der Vertreter seiner mit dem Gläubiger getroffenen Abrede entsprechend, die *neg. gestio* des Gläubigers im Namen des Machtgebers genehmigt. Papinian nannte die Klage daher *actio neg. gestorum* und zwar mit dem Zusatz: *ad exemplum institoriae*, weil sie wie die *institoria* auf der Vollmacht beruhte. — In Ansehung des Beweises dieser Auffassung Papinians will ich mich hier, unter Bezugnahme auf meine früheren Ausführungen kurz fassen, soweit ich nicht neue Argumente anzuführen habe. Es kommt hier vorzugsweise in Betracht die l. 31 pr. D. *neg. gest.* 3, 5, in der Papinian den Namen der Klage vollständig angiebt. In dem hier von ihm behandelten Fall contrahiren der Mandatar und der Gläubiger mit Bezugnahme auf das dem letzteren mitgetheilte Schreiben des Mandanten (*cujus litteras secutus creditor contraxit*). Daraus wird von Papinian ohne weiteres gefolgert, dass dem Gläubiger die *actio neg. gestorum ad exemplum institoriae* gegen den Machtgeber zusteht, wonach demselben die Contractsklage gegen den Bevollmächtigten (Mandatar) nicht zusteht, indem die *actio neg. gestorum* nur durch den Verzicht auf die Darlehensklage ins Leben treten konnte. Die Contractanten waren darin einig, dass wegen der Vollmacht und des Machtgebens contrahirt werde und machten damit aus, dass die contractliche Verbindlichkeit von dem Machtgeber zu erfüllen sei, was damit zugleich von dem Vertreter kraft seiner Vollmacht im Namen des Machtgebers genehmigt wurde. So viel ich weiss, ist Baron, *adjecticische Klagen* S. 193, der einzige Schriftsteller, welcher sich nicht damit begnügt, die *institorische actio neg. gestorum* für die *adjecticische actio quasi*

institoria zu erklären. Ich will darum über seine Ansicht hier noch Einiges bemerken. Er sagt: Papinians Auffassung in l. 31 pr. D. neg. gest. 3, 5 sei die, dass man durch Gewährung eines Darlehens eine doppelte Obligation contrahiren könne, nämlich die Darlehensobligatio gegenüber dem contrahirenden Vertreter und die Geschäftsführungsobligatio gegenüber dem Geschäftsherrn. Dabei wird auf S. 41 der Abhandlung verwiesen, wo es heisst: „Ich kann Jemandem ein Darlehen geben mit der Abrede, dass es zum Besten eines Dritten verwendet werde. Indem der Darlehnsgeber diese Abrede zum Bestandtheil des Vertrages erhebt, gerirt er die Geschäfte des Dritten und erwirbt gegen ihn eine Klage nach den Grundsätzen der negotiorum gestio.“ Dazu bemerke ich Folgendes: Wenn Jemand dem, in eigenem Namen handelnden, Stellvertreter eines Anderen Geld leiht, so bekommt er für sein Geld die Darlehensklage, wonach er nichts aufopfert und wenn er das Darlehen mit einseitiger contemplatio domini gegeben hat, so kann diese contemplatio ihm die actio neg. gestorum nicht begründen, weil sie keine Aufopferung zur Folge hat, da er trotz derselben die Darlehensklage gegen den Stellvertreter anstellen kann. Sollte mit der Darlehensklage nichts zu holen sein, so wäre das die Folge der Besorgung seines eigenen Geschäfts. Wenn aber bei der Contractschliessung zugleich die Abrede getroffen wird, dass der geliehene Betrag zum Besten des Geschäftsherrn verwendet werden soll, so erklärt der Darlehnsgeber im Einverständniss mit dem Stellvertreter: „Der geliehene Betrag, welcher nach unserer Abrede für den Machtgeber verwendet werden soll, braucht eben desshalb nicht an mich zurückgezahlt zu werden; ich gebe meinen Anspruch contemplatione domini auf und werde meine Entschädigung direct von dem Machtgeber mit der actio neg. gestorum fordern. Deine Sache aber ist es, den vollmachtsgemäss geliehenen Betrag vollmachtsgemäss zu verwenden, denn jene Abrede hat durchaus nicht den Sinn, dass der geliehene Betrag in meinem Auftrage von Dir verwendet werden soll“¹⁾. Mit der Abrede, dass der Betrag zum Besten des Machtgebers, also vollmachtsgemäss zu verwenden sei,

¹⁾ A. M. ist Wendt in den Jahrb. für Dogmatik B. 28 S. 15 ff.

erklärten beide Theile sich darin einverstanden, dass der Machtgeber dem Gläubiger Ersatz zu leisten habe, womit der Stellvertreter zugleich im Namen des Machtgebers, kraft der von diesem gegebenen Vollmacht, genehmigte.

In Ansehung der l. 10 § 5 D. mandati 17, 1 bemerke ich noch, dass Papinian hier nach Ulpian's Bericht denselben Fall behandelt, wie in l. 31 pr. D. neg. gest.¹⁾ Daraus ergibt sich, dass er unter der actio quasi institoria keine andere Klage versteht, als die in l. 31 pr. gegebene actio neg. gestorum quasi institoria²⁾. Dass Ulpian den Papinian missverstanden habe, braucht also nicht vermuthet zu werden.

In l. 6 § 1 (l. 5 § 3) D. neg. gest. 3, 5 behandelt Ulpian den schon oben besprochenen Fall, wo einem procurator Geld geliehen ist mit der Abrede, dass der geliehene Betrag zum Besten des Machtgebers zu verwenden sei. Ulpian spricht sich bestimmt dahin aus, dass der Gläubiger den procurator, mit welchem er contrahirte, nicht verklagen, gegen den Principal aber die actio neg. gestorum anstellen kann.

In l. 5 § 1 D. quando ex facto tutoris 26, 9 sagt Papinian mit deutlichen Worten, dass der Gläubiger, welcher einem Vormund Geld geliehen hat mit der Abrede, das Geld zum Besten des Pupillen (nämlich zur Bezahlung einer Judicatsschuld) zu verwenden, den Vormund nicht verklagen kann.

In l. 13 § 25 D. de act. emti vend. 19, 1 berichtet Ulpian über einen von Papinian (lib. III resp.) behandelten Fall, in welchem ein procurator contemplatione domini mit einem Dritten contrahirt (einen Kaufcontract geschlossen) hat. Papinian und Ulpian sind der Meinung, dass der Käufer die utilis actio ad exemplum institoriae gegen den Machtgeber anstellen und dass letzterer eben desshalb auch umgekehrt mit der Contractsklage gegen den Käufer auftreten kann. Schon diese zuletzt erwähnte Annahme liefert den Beweis, dass die Juristen unter der actio ad exemplum institoriae actionis keine andere Klage verstehen können als die actio neg. gestorum ad exemplum institoriae actionis.

¹⁾ Das meint auch Baron S. 194. — ²⁾ Vgl. darüber, dass Papinian den Namen der Klage nicht vollständig angiebt, die Schlussbemerkung.

Ueber l. 5 Cod. de exerc. et instit. 4, 25:

Si pecuniam mutuam accipere Demetriano Domitianus mandavit et hoc posse probare confidis, ad exemplum institoriae eundem Domitianum apud competentem iudicem potes convenire

bemerke ich folgendes. Der Fall, in welchem die Kaiser um Entscheidung gebeten waren, mag etwa so gelegen haben: Demetrianus hatte eine bestimmte Summe von dem Bittsteller geliehen und zwar unter der Behauptung, dass er von Domitianus beauftragt sei, das Geld zu leihen. Zugleich hatte er dem Darleiher bescheinigt, dass er im Auftrage des Domitianus die entsprechende Summe geliehen erhalten habe. Die Kaiser entscheiden nun, dass dem Gläubiger die actio (neg. gestorum) ad exemplum institoriae gegen Domitian zustehe, wenn er den von dem letzteren geleugneten Auftrag sollte beweisen können. War der behauptete Auftrag nämlich in der That gegeben, so lag die Sache gerade so, wie in dem Fall der l. 31 pr. D. neg. gest. 3, 5. Zwar meint Baron S. 135, das Rescript habe die Argumentation der l. 31 pr. aufgegeben, da es von einer negotiorum gestio nichts wisse, allein in jedem Falle, wo nach Papinian die actio ad exemplum institoriae oder die actio quasi institoriae gegeben wird, versteht er darunter die actio negot. gestorum ad exemplum institoriae actionis. Dasselbe thun die Kaiser im Fall der l. 5 Cod. cit.

In l. 6 Cod. eod. sagen die nämlichen Kaiser (Diocletian und Maximian):

Qui secutus domini voluntatem cum servo ipsius habuit contractum, ad instar actionis institoriae recte de solido dominum convenit.

Unter der actio ad instar institoriae verstehen sie die actio neg. gestorum ad exemplum institoriae actionis. Diese Klage unterschied sich darin von den Stellvertretungsklagen¹⁾, dass es nicht darauf ankam, ob die Mittelsperson mit der kundgegebenen Absicht contrahirt habe, als Stellvertreter zu handeln und verdiente in manchen Fällen schon aus diesem Grunde den Vorzug.

¹⁾ Vgl. Savigny, Obligationen Bd. 2, S. 33.

Alle diese bis jetzt angeführten Gesetze, welche sich über die *actio ad exemplum institoriae* aussprechen, habe ich hier insbesondere deshalb wieder zusammengestellt, weil sie den Beweis, welchen ich jetzt noch in Ansehung der Handlungsprocuratoren beibringen werde, ganz wesentlich unterstützen.

Was nun das römische Handelsrecht betrifft, so konnte Papinian insofern nicht eingreifen, als ihm die prätorischen Bestimmungen im Wege standen, insbesondere der Grundsatz, nach welchem dem contrahirenden Institor oder Magister regelmässig ein doppelter Vertragswille zugeschrieben wurde, was eine doppelte Obligation zur Folge hatte. Aber Papinian glaubte annehmen zu dürfen, dass die prätorischen Bestimmungen auf die Contractschliessungen der Procuratoren des Handelsverkehrs nicht anzuwenden seien¹⁾. War eine gewaltfreie Person zur Betreibung eines Handelsgewerbes als procurator bestellt, so waren der Principal und der procurator darin einig, dass die Contractschliessungen dieses procurator nicht den prätorischen Bestimmungen, sondern den abgesehen davon geltenden Vorschriften unterstellt werden sollten und es wurde auf Grund solcher Contracte seit Papinian die institorische *actio neg. gestorum* gegeben²⁾. Uebrigens glaube ich auf Grund der mitgetheilten l. 5 Cod. de exerc. et inst. annehmen zu müssen, dass die genannte Klage, jedenfalls zur Zeit der erwähnten Kaiser, mitunter auch in solchen Fällen gegeben ist, wo jemand mit einem institor oder magister — derselbe mochte gewaltfrei sein oder nicht — contrahirt hatte. Zwar wurde solchen Vertretern regelmässig ein doppelter Vertragswille zugeschrieben, aber diese Annahme traf thatsächlich nicht immer zu. Wenn sich im einzelnen Fall herausstellte, dass der Institor bloss im eigenen Namen contrahirt habe, aber doch mit dem Dritten darin einig gewesen sei, dass lediglich im Interesse des Principals, also wegen des vollmachtgemässen Zwecks (*propter domini voluntatem*) contrahirt werde, so war die *actio institoria* nicht begründet, wohl aber die *actio neg. gestorum ad exemplum in-*

¹⁾ Der procurator war durchgängig Ersatzmann. So auch Pernice, *Labeo* Bd. 1 S. 495. — ²⁾ War dem dritten Contrahenten nicht mitgetheilt, dass die im Geschäft angestellte Person ein procurator sei, so galt dieselbe als institor. Dies folgt z. B. aus l. 18 D. de instit. 14, 3.

stitoriae. Dass der Gläubiger in derartigen Fällen eine Klage gegen den Machtgeber hat, entspricht doch wahrlich auch dem Rechtsgefühl und der Billigkeit. Gleichwohl ist man der Meinung, dass nach den heutigen Grundsätzen in derartigen Fällen eine Klage des Dritten nur gegen den Vertreter begründet sei. Hat der Vertreter bloss in eigenem Namen contrahirt, daneben aber mit dem Dritten ausdrücklich vereinbart, dass die von ihm übernommene Verbindlichkeit von dem Machtgeber zu erfüllen sei, so glaubt man den Dritten auf die Klage gegen den Vertreter beschränken zu müssen, und die Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich wollen diese bedenkliche Consequenz sogar mit in die Zukunft hinübernehmen! Nach meiner Auffassung ist es eine ganz unzulässige Bevormundung des Publikums und eine unnöthige, bei den Römern schon durch Papinians neue Klage abgeschaffte Beschränkung der Bewegungsfreiheit, wenn man vorschreibt, dass eine Klage dritter Contrahenten gegen die Machtgeber nicht durch freie Vereinbarung der Dritten mit den Bevollmächtigten begründet werden kann, sondern nur dadurch, dass von Seiten der Bevollmächtigten im Namen der Machtgeber contrahirt wird.

Es braucht kaum bemerkt zu werden, dass es lediglich von dem Principal abhing, welche Machtbefugnisse er den von ihm bestellten Procuratoren einräumen wollte. Der mit der Betreibung eines Handelsgewerbes beauftragte Procurator hatte im wesentlichen dieselbe Vollmacht wie ein institor. Es gab indess Procuratoren mit geringeren Befugnissen¹⁾. Es kam auch der umgekehrte Fall vor. Der Procurator konnte unter Umständen sogar Institoren für den Principal anstellen²⁾ und mit der *actio institoria* verklagt werden³⁾.

Ich wende mich nun zu den Stellen, welche sich speciell auf die Handelsprocuratoren beziehen.

1) Die gleich im Anfang erwähnte und abgedruckte l. 19 pr. D. de instit. 14, 3 von Papinian. Ich habe früher mit Baron S. 190, 193 annehmen zu müssen geglaubt, dass Papinian das hier in Frage stehende Gewerbe nicht als ein eigent-

¹⁾ Vgl. z. B. l. 5 § 10 D. de instit. 14, 3. — ²⁾ L. 5 § 18 D. eod. — ³⁾ L. 6 eod.

liches Handelsgewerbe habe gelten lassen, vielleicht wegen der Seltenheit des Geschäfts, dass er denjenigen qui mutuis accipiendis pecuniis praepositus est, darum nicht als wirklichen institor anerkannt und auf Grund seiner Contractschliessungen eine actio quasi institoria gegeben habe. Diese Auffassung ist nicht haltbar, denn es ergibt sich aus anderen Stellen mit Sicherheit, dass das fragliche Geschäft als ein wirkliches Handelsgewerbe anerkannt ist. Zunächst sagt Papinian selbst in l. 19 § 1 eod., dass der servus, welchen Jemand apud mensam pecuniis accipiendis bestellt hat, ein wirklicher institor ist. Ferner bemerkt Ulpian in l. 13 pr. eod.:

Habebat quis servum merci oleariae praepositum Arelate. Eundem et mutuis pecuniis accipiendis; acceperat mutuum pecuniam. Putans creditor, ad merces eum accepisse, egit proposita actione; probare non potuit, mercis gratia eum accepisse; licet consumpta est actio, nec amplius agere poterit, quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset praepositus, tamen Iulianus, utilem ei actionem competere, ait.

Wurde auf Grund der Contractschliessung eines Sklaven der mutuis accipiendis pecuniis angestellt war, die echte institoria gegeben, was nach dieser Stelle nicht zweifelhaft ist, so wäre sie auch gegeben, wenn statt des Sklaven eine gewaltfreie Person bestellt gewesen wäre, denn ob der institor frei war oder nicht, machte keinen Unterschied¹⁾. In dem Fall der Stelle wird freilich eine utilis institoria gegeben, aber nur darum, weil die echte institoria consumirt war. Abgesehen von der Consumtion hält Ulpian die echte institoria für begründet. Warum wird denn nun diese in dem Fall der l. 19 pr. nicht gegeben, obgleich hier von dem nämlichen Gewerbe gehandelt wird, wie in l. 13 pr.? Ich antworte darauf: weil im Fall der l. 19 pr. ein procurator, kein institor, präponirt war und die prätorischen Grundsätze nicht auf die Contractschliessungen der Procuratoren angewandt wurden²⁾. Die

¹⁾ Vgl. l. 7 § 1 D. de instit. 14, 3. — ²⁾ Da ein wirkliches Handelsgewerbe in Frage stand, so ist es doch sicher auffallend, dass Papinian sagt, es sei ein procurator bestellt. Die Meinung, dass jeder gewaltfreie institor als procurator bezeichnet sei, Kritz Pandekten I, 1, S. 340, ist nicht haltbar. Vgl. z. B. l. 7 § 1 eod.

ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung des procurator mit dem dritten Contrahenten, dass wegen des Principals, also in dessen Interesse contrahirt wurde, legte Papinian aber dahin aus: dass die lediglich im Interesse des Principals vom procurator übernommene Verbindlichkeit auch lediglich von Principal zu erfüllen sei. Aus l. 19 pr. ergibt sich nun in der That, dass der procurator aus dem mutuum nicht verklagt werden kann. Wäre nämlich die Darlehensklage begründet gewesen, so hätte Papinian mit den Worten ausgereicht: quod aequè faciendum erit et si procurator solvendo sit. Die Erwähnung der Stipulation wäre überflüssig gewesen, denn ob der procurator auf Grund des Darlehens oder einer damit verbundenen Stipulation verklagt werden konnte, war gleichgültig, wenn es Papinian darauf angekommen wäre, die adjecticische Doppelhaft zum Ausdruck zu bringen und festzustellen, dass der Principal nicht bloss in subsidium hafte¹⁾, was umsoweniger Papinians Meinung gewesen sein kann, als seit Einführung der a. exercitoria und institoria gerade in entgegengesetzter Richtung, nämlich darüber Zweifel entstanden zu sein scheinen, ob neben der adjecticischen Klage nun auch noch die Klage gegen den Vertreter stattfinde. Darauf scheint Paulus in l. 5 § 1 D. de exercitoria act. 14, 1 hinzudeuten:

— — Nam et cuivis alii non obstat hoc edictum, quominus cum magistro agere possit; hoc enim edicto non transfertur actio, sed adjicitur.

Auf die Frage, welche Bedeutung man hiernach der von Papinian in l. 19 pr. erwähnten Stipulation beizulegen habe, ist Folgendes zu antworten: Die von Papinian gegebene utilis ad exemplum institoriae actio beruhte darauf, dass der Gläubiger seinen dem procurator gegenüber begründeten Darlehensanspruch contemplatione domini aufgegeben hatte, mit der Absicht von dem Principal Ersatz zu fordern und diese negotiorum gestio als mittels der Vollmacht genehmigt anzusehen war. Aber daraus folgte nicht, dass die Klage, etwa aus dem Grunde, weil sie formell eine actio neg. gestorum, also eine Entschädigungsklage war, nur stattfinde, wenn der Gläubiger

¹⁾ Dies wird angenommen von Mühlenbruch, Cession § 14 Note 287.

sonst überall keinen Ersatz würde erhalten können. Wie der Procurator eine vierte Person als Bürgen der Schuld des Principals hätte stellen können, was Papinian in l. 31 pr. D. neg. gest. 3, 5 ausdrücklich hervorhebt, so konnte er auch sich selber durch Stipulation verpflichten, den Betrag, welchen der Principal schuldig geworden war zu zahlen, ohne der institorischen actio neg. gestorum damit ihre Grundlage zu entziehen. — Der in l. 6 § 1 (l. 5 § 3) D. neg. gest. behandelte Fall liegt in Betreff der Stipulation anders. Der procurator hat sich durch Stipulation verpflichtet, seine eigene Darlehensschuld zu bezahlen und es ist diese Verbindlichkeit, nebst der aus dem Darlehen, durch die Nebenberedung weggefallen, dass der geliehene Betrag vollmachtgemäss verwendet, also nicht an den Gläubiger zurückgezahlt werden soll. Im Fall der l. 19 pr. hat der procurator sich durch Stipulation verpflichtet, die Schuld des Principals aus neg. gestio zu bezahlen, so dass der Gläubiger nun wieder zwei Schuldner hat, nämlich den procurator aus der Stipulation und den Principal aus der negotiorum gestio.

2) Nachdem Papinian in l. 19 pr. den Fall behandelt hat, wo einem wirklichen Handelsgewerbe eine gewaltfreie Person als procurator vorgesetzt ist, dessen Contractschliessungen den Principal formell in anderer Weise verbindlich machen, als die eines institor, indem sie die actio neg. gestorum ad exemplum institoriae gegen ihn begründen, geht er in § 1 auf den Fall über, wo Jemand einem gleichen Handelsgewerbe seinen Sklaven als institor vorgesetzt hat, dem er im Laufe der Geschäftsführung die Freiheit giebt, und bemerkt darüber, dass die Freilassung des institor die causa der Haft des Principals nicht verändere. Er sagt nämlich

Si dominus, qui servum institorem apud mensam pecuniis accipiendis habuit, post libertatem quoque clatam, idem per libertum negotium exercuit, varietate status non mutabitur periculi causa.

Es kann wohl nicht zweifelhaft sein, dass Papinian damit Folgendes aussprechen will: „ein Sklave, der als institor angestellt ist, wird durch die im Laufe der Verwaltung erfolgende Freilassung nicht zu einem procurator; die Contracte, welche er als Freigelassener schliesst, verpflichten

den Principal also nicht in anderer Weise, als die welche er vor der Freilassung geschlossen hat.“ Die Gewaltfreiheit eines handelsrechtlichen Vertreters beweist noch nicht, dass derselbe ein procurator ist. Dritte Contrahenten, welchen die Freilassung bekannt geworden war, hatten keinen Grund bloss darum anzunehmen, dass der institor nun nicht mehr institor, sondern procurator sei. — Wenn man bei Erklärung der l. 19 § 1 ganz absieht von dem, was Papinian eben vorher gesagt hat, so fragt man sich vergeblich, wie denn darüber ein Zweifel entstehen konnte, dass ein freier institor den Principal in der nämlichen Weise verpflichtete, wie ein unfreier und wie Papinian dazu gekommen sei, etwas ganz Selbstverständliches auszuführen. Da nämlich der freie institor ebenso wie der unfreie, mittelst seiner Contracte die echte institoria begründete, so verstand es sich ganz von selbst, dass die causa periculi durch die Freilassung des institor keine Veränderung erlitt.

3) In l. 16 D. de institoria 14, 3 ist von einem villicus die Rede, der mercibus distrahendis praepositus est. Derselbe ist nach meiner Auffassung kein institor, sondern ein procurator, weshalb auf Grund seiner Contracte eine Klage „exemplo institoriae“ gegeben wird. Paulus sagt hier:

Si cum villico alicujus contractum sit, non dabitur in dominum actio, quia villicus propter fructus percipiendos, non propter quaestum praeponitur. Si tamen villicum distrahendis quoque mercibus praepositum habuero, non erit iniquum, exemplo institoriae actionem in me competere.

Wer präponirt war ad mercium distractionem galt regelmässig als institor¹⁾. Wie beim Handwerk l. 6 § 5 eod., so kam der institor auch in der Landwirthschaft vor und wenn der villicus in dem Fall der l. 16 ein Sklave gewesen wäre²⁾, so hätte Paulus jedenfalls die actio institoria gegeben. Da er anstatt derselben die actio exemplo institoriae giebt, so muss angenommen werden, dass er den gewaltfreien villicus als

¹⁾ Vgl. l. 5 § 12 D. de instit. 14, 3. — ²⁾ Dass nicht jeder villicus ein Sklave war, erhellt z. B. aus l. 18 § 4 D. de instruct. vel instrum. leg. 33, 7.

einen mit dem Verkauf der Erndte beauftragten *procurator* beurtheilt hat. Der *villicus* war entweder als *institor* oder als *procurator* angestellt, aber hätte der Principal ihn als *institor* präponirt, so würde Paulus die echte *institoria* gegeben haben. Zur Gewährung einer *adjecticischen actio quasi institoria* hatte er jedenfalls gar keine Veranlassung.

Die vorstehende Ausführung dürfte zur weiteren Bestätigung meiner Ansicht über die *institorische actio neg. gestorum* dienlich sein, doch sind die Beweise damit noch nicht abgeschlossen. Ich hoffe später noch weitere beibringen zu können, will aber in dieser Beziehung schon hier auf folgenden Gesichtspunkt hinweisen. Man nimmt gewöhnlich an¹⁾, dass seit Papinian aus jeder von einem Bevollmächtigten ohne Grenzüberschreitung angeknüpften *obligatio*, dem welcher mit Rücksicht auf den Geschäftsherrn *contrahirt* hatte, nach der Analogie der *institorischen Klage*, eine *utilis actio ad exemplum institoriae*, oder *quasi institoria*, gegeben sei. Es soll auch hier, wie bei der echten *actio institoria*, dem dritten *Contractanten* seine gegen den Bevollmächtigten begründete *Klage utiliter*, als *actio adjectitiae qualitatis*, gegen den Geschäftsherrn eingeräumt sein und zwar zuerst von Papinian, weshalb man ihn als den Schöpfer der *actio quasi institoria* bezeichnet. Dabei erhebt sich indess die Frage, ob Papinian sich für befugt erachten konnte, geradezu über den Kreis hinauszugehen, welchen der Prätor ausdrücklich für die *adjecticischen Klagen* festgesetzt hatte. Nach meiner gegenwärtigen Auffassung²⁾ hat er diesen Kreis nicht überschritten, indem die von ihm gegebene und auch wohl eingeführte *actio quasi institoria* überall keine *adjecticische Klage* ist. Er hat nur die rechtliche Bedeutung, welche der Vollmacht in Beziehung auf die *Contracte* der *Institoren* und *Magister*, sowie der *Haus söhne*, welche auf Grund eines *jussus* handelten, vom Prätor beigelegt war, verallgemeinert und unter Verwerthung dieses Gesichtspunkts, aus den geltenden Rechtsgrundsätzen eine *actio neg. gestorum* hergeleitet, welche der *actio*

¹⁾ Man vgl. z. B. Mühlenbruch, *Cession* S. 142. 143. — ²⁾ In den *Jahrb. für Dogm.* Bd. 26 S. 468 war ich mit Rücksicht auf l. 19 pr. D. de instit. 14, 3 noch anderer Meinung, während ich diese Stelle nach dem Obigen jetzt ganz anders verstehe.

institoria an Wirkung gleichkam, da sie stattfand „*esti pecunia non sit in rem ejus versa*“¹⁾. Papinian hatte aber auch umsomehr Veranlassung gerade in dieser Weise einzugreifen, als er dadurch zu Ergebnissen kam, welche denen der prätorischen Einrichtung weit vorzuziehen waren. Er gelangte um es kurz zu wiederholen dahin, dass der procurator, welcher *contemplatione domini* mit einem Dritten contrahirt hatte, nicht in der Haft blieb, dass der Machtgeber sofortige Berechtigung in Ansehung der von dem procurator begründeten Rechtsmittel erhielt und dass die Contractschliessung nicht im Namen des Principals erfolgt zu sein brauchte. — Die in l. 31 pr. D. neg. gest. 3, 5 von Papinian gegebene *actio neg. gestorum ad exemplum institoriae actionis*, welche er auch kürzer als *actio quasi institoria* oder *actio ad exemplum institoria* bezeichnet, hätte eigentlich schon längst darauf aufmerksam machen sollen, dass die Sache sich nicht in der Weise verhalten kann, wie man anzunehmen pflegt. Denn wie könnte Papinians *actio neg. gestorum* eine adjecticische Klage sein! Aber trotzdem erklärt selbst Mühlenbruch, einer der gründlichsten Kenner und Bearbeiter dieser Rechtsverhältnisse, die *actio neg. gestorum* Papinians für identisch mit der adjecticischen *actio quasi institoria*, womit er aber selbstverständlich nichts beweist. — Die Stellen, in welchen Papinian von der neuen Klage handelt, sind alle aus dem 3. Buch oder doch aus dem 2. und 3. Buche der Responsen²⁾. Dass er hier ihren langen Namen nicht immer vollständig wiederholt, ist natürlich und konnte von denen, welche die Responsen lasen, nicht missverstanden werden³⁾.

Nachtrag.

Die vorstehende Arbeit war schon vollendet, als mir die in den Jahrbüchern für Dogmatik, B. 28, S. 287 ff. mitgetheilte

¹⁾ L. 31 pr. D. neg. gest. 3, 5. Sie beruhte, wie die *institoria*, auf der Vollmacht und darin bestand die Aehnlichkeit dieser Klagen, sowie der Grund, aus welchem Papinian seine neue Klage *actio quasi institoria* oder *ad exemplum institoriae* nennt. — ²⁾ Nach Pernice S. 496 N. 5 stammen sie alle aus dem 3. Buch. — ³⁾ Späterhin ist es freilich stets missverstanden, weil man die Responsen nicht ganz vor sich hatte.

Abhandlung von Schlossmann: über die sogenannte *actio neg. gestorum ad exemplum institoriae actionis* bekannt wurde. Gegen die Ausführungen Schlossmanns ist vor allen Dingen einzuwenden, dass denselben ausserordentliche Quellenwidrigkeit zu Grunde liegt, denn 1, l. 30 pr. D. neg. gest. ist nach seiner Behauptung corrupt. Er sagt S. 329: So wie die Stelle lautet, kann sie von Papinian nicht geschrieben sein. Der papinianische Text ist entweder von den Compilatoren interpolirt, oder in Folge eines Abschreibeversehens verändert. Als Beweis führt er an, dass es nach seiner Auffassung der Rechtsgrundsätze eine solche Klage nicht geben kann; 2) die l. 5 § 3 D. n. gest., in der Ulpian mit deutlichen Worten sagt, der procurator eines Anderen habe ein Darlehen erhalten, beseitigt er S. 302, 303 mit der Bemerkung: das Darlehen von dem Ulpian rede, sei in Wirklichkeit ein Mandat. Dabei hat er dann viele Noth mit der Entscheidung Ulpians, dass dem Gläubiger die *a. neg. gestorum* gegen den Machtgeber zustehe. Er nimmt allerlei Voraussetzungen zu Hilfe, von denen die Stelle nichts sagt. 3) Ganz ähnlich verfährt er Note 15 mit Papinians l. 5 § 1 D. quando ex facto tutoris 26, 9. Papinian spricht hier von einem Vormund qui suo nomine mutuam pecuniam accepit und behandelt dabei auch den Fall, dass der creditor ideo contraxit, ut in causam iudicati pecunia transiret. „Auch hier, sagt Schlossmann, erfolgt die Hingabe des Geldes mit einer bestimmten Anweisung; das ist kein mutuum.“ Dass Papinian ausdrücklich sagt: mutuam pecuniam accepit, kümmert Schlossmann nicht. Interessanter wird das noch, wenn man die Entwicklung Papinians hier näher verfolgt. Er sagt nämlich, der Vormund habe Geld geliehen und mit dem Gelde eine Judicatsschuld des Pupillen bezahlt. In diesem Falle habe der Gläubiger gegen den Pupillen keine Klage. Anders verhalte es sich, wenn der Gläubiger bei der Contractschliessung ausgemacht habe, dass das geliehene Geld zur Bezahlung der Judicatsschuld zu verwenden sei. Es ist hier immer von demselben Contract die Rede, welchem im zweiten Fall noch eine Nebenberedung hinzutritt, und doch soll dieser Contract in dem zweiten Fall plötzlich zu einem Mandat geworden sein. Das wird für meine Behauptung der Quellenwidrigkeit wohl schon genügen. Wer in

dieser Weise mit den Quellen umgeht, kann mit Leichtigkeit das ganze corpus iuris auf den Kopf stellen. Ich habe kürzlich noch einige Belegstellen für meine Auffassung gefunden, aber es kann ja natürlich nichts helfen, dass ich sie Schlossmann entgegenhalte. Er würde entweder sagen, dass der Text nicht echt sei, oder doch aus den Stellen das Gegentheil von dem herauslesen, was darin steht.

Was nun Schlossmanns Polemik gegen meine Ansicht betrifft, so bemerke ich zunächst, dass er dieselbe in mancher Hinsicht ganz falsch aufgefasst oder doch dargestellt hat, was besonders dadurch veranlasst ist, dass er den wesentlichsten Punkt ganz übersehen hat. Derselbe besteht darin, dass zur Begründung der Klage Papinians immer die in der Vollmacht zu findende Genehmigung des Machtgebers erforderlich ist. Eine reine Erfindung von ihm aber ist es, dass von mir ein „Seitenblick“ des Dritten verlangt werde. Ich habe diesen Ausdruck nie gebraucht. Da die Ausführungen Schlossmanns trotz ihrer Haltlosigkeit immerhin zu Missverständnissen führen könnten, so bemerke ich über meine Ansicht folgendes. A. giebt dem B. Vollmacht, 1000 Mark für ihn zu leihen. N. erklärt sich bereit, das Geld herzugeben. Aber weil B. und N. einfache Landleute sind, so wissen sie nichts davon, dass es einen Unterschied macht, ob B. in eigenem Namen oder in dem des A. contrahirt. Schlossmann scheint sich die contrahirenden Personen immer etwa so vorzustellen, als könnten sie ein juristisches Examen bestehen. B. contrahirt nun in eigenem Namen, wogegen N. nichts einzuwenden hat, aber da er nicht den B., sondern A. zum Schuldner haben will, so wird auf sein Verlangen ausdrücklich vereinbart, dass die 1000 Mark, welche B. schuldig geworden ist, nicht von B., sondern von A. dem Darlehnsgeber zurückzubezahlen sind. Schlossmann bemerkt S. 296: Wird jemand im Ernst glauben, dass eine Partei auf die Idee verfallen könnte, einen Darlehenscontract zu schliessen, um ihn sofort wieder aufzugeben und dadurch einen Gestionsanspruch zu gewinnen? Diese Frage ergiebt, dass Schlossmann das praktische Leben nicht kennt. Der mitgetheilte Fall zeigt dies und ich habe solchen Fall nicht einmal, sondern zehnmal erlebt. Freilich denkt der Gläubiger nicht

daran, einen Gestionsanspruch zu erwerben, aber er will sein Geld nicht von dem Darlehensempfänger, sondern von dessen Machtgeber wiederfordern. Hat er nun aber gegen diesen eine Klage, obgleich der Bevollmächtigte nicht im Namen des Machtgebers, also nicht als Stellvertreter contrahirt hat? Diese Frage, mit welcher Schlossmann sich nicht befasst, so dass er an dem allerwesentlichsten Punkt dieser ganzen Lehre mit Stillschweigen vorbeigeht, hat mich veranlasst, mich überhaupt mit dieser Lehre zu befassen. Ich fand eine für den Gläubiger vollkommen genügende Rechtshülfe in den Grundsätzen der *negotiorum gestio*. Der Abschluss eines Contracts, zu dem jemand Vollmacht gegeben hat, ist ein Geschäft des Machtgebers und zwar ein im Voraus genehmigtes Geschäft. Wenn ein Dritter sich auf diese Contractschliessung einlässt und zwar lediglich desshalb, weil sie ein Geschäft des Machtgebers ist, wenn er also mit dem *procurator* feststellt, dass *contemplatione domini* contrahirt werde, so handelt er als Gessor des Machtgebers. Man vgl. z. B. l. 46 (45) pr. D. neg. gest.: — — et te eius voluntatis esse, ut eam habere velles, agemus inter nos neg. gestorum. Er kann daher mit *a. neg. gestorum* seinen Schaden ersetzt verlangen. Dieser besteht in dem ganzen Darlehensbetrage, denn soviel hat er dadurch eingebüsst, dass er den Contract geschlossen, das Geschäft des Machtgebers also besorgt hat mit der, wie in dem mitgetheilten Falle, getroffenen Vereinbarung, dass nicht von dem Bevollmächtigten, sondern von dem Machtgeber Ersatz zu leisten sei. Der Nutzen des Geschäftsherrn ist, wie ich gegen Schlossmann bemerke, auch dann vorhanden, wenn das Geld nach dem Empfange unterschlagen ist, denn ein genehmigtes Geschäft ist desshalb nützlich, weil es genehmigt ist. Die im Voraus oder nachträglich ertheilte Genehmigung entscheidet endgültig darüber, dass das Geschäft das Interesse des Geschäftsherrn berührt¹⁾.

¹⁾ Man vergleiche über diese Punkte indess auch Kohler, Jahrb. für Dogm. Bd. 25 S. 127, der es viel besser versteht, den Bedürfnissen des Verkehrs gerecht zu werden, als Schlossmann. Doch scheint auch Kohler zu übersehen, dass ich zur Begründung der Klage Papinians die in der Vollmacht liegende Genehmigung der *neg. gestio* des Dritten verlange.

Papinian nennt die Klage in diesem Falle: *actio neg. gestorum ad exemplum institoriae*, weil sie wie die eigentliche *institoria* auf der Vollmacht beruht. Er hat damit keine eigenartige *a. neg. gestorum* geben, sondern nur ausdrücken wollen, dass die Klage in diesem Falle dieselbe Wirkung hat, wie die eigentliche *institoria*, weil sie wie die letztere auf der Vollmacht beruht. Dass der *procurator* Vollmacht hatte, als er contrahirte, ist, wie ich noch einmal wiederhole, zur Begründung der von Papinian gegebenen Klage immer nothwendig. Die Klage wäre auch vorhanden, wenn wir die *l. 30 pr. D. neg. gest.* nicht hätten, denn sie folgt aus den Grundsätzen der *neg. gestio*.

Meine Auffassung unterscheidet sich, in Ansehung des praktischen Erfolges, von der herrschenden besonders in folgendem Punkte. Nach der letzteren kann der Dritte nur dann gegen den Machtgeber klagen, wenn der Bevollmächtigte im Namen des Machtgebers contrahirt hat. Nach meiner Ansicht hat er die Klage gegen den Machtgeber auch in dem Fall, wo der Bevollmächtigte in eigenem Namen contrahirt, daneben aber mit dem Dritten vereinbart hat, dass die Verbindlichkeit nicht von ihm, sondern von seinem Machtgeber zu erfüllen sei. Diese Vereinbarung liegt auch dann vor, wenn neben der Contractschliessung ausgemacht ist, dass der Gegenstand des Vertrages, z. B. der Betrag, welchen der Bevollmächtigte in eigenem Namen geliehen hat, lediglich für die vollmachtemässen Zwecke des Machtgebers bestimmt sei. Hat ein Vormund oder Bevollmächtigter Geld geliehen und ist dabei von dem Gläubiger ausbedungen, dass der geliehene Betrag zur Bezahlung einer Schuld des Geschäftsherrn zu verwenden sei, so ist damit festgestellt, dass der Betrag lediglich von dem Geschäftsherrn zu erstatten ist. *L. 6 § 1 (l. 5 § 3) D. neg. gest.* und *l. 5 § 1 D. quando ex facto tutoris*. Schlossmann sieht in dieser Auslegung des Parteiwillens Fictionen, weil er es überhaupt nicht versteht, sich in den Gedankengang gewöhnlicher Menschenkinder hineinzufinden. Er selbst würde freilich ganz anders verfahren, denn er würde als Bevollmächtigter im Namen seines Machtgebers contrahiren. Aber es kommt darauf an, wie die Personen verfahren, welche von den rechtlichen Grundsätzen nichts wissen. Auf solche Personen,

welche doch die überwiegende Mehrheit bilden, nimmt Schlossmann keine Rücksicht.

Was nun endlich die Polemik betrifft, welche Schlossmann sonst noch gegen mich führt, so brauche ich ihm darin nicht zu folgen. Wenn man beachtet, dass ich zur Begründung der institorischen *actio neg. gestorum* die Bevollmächtigung des Vertreters voraussetze, so wird man finden, dass alle die theoretischen Abgründe, welche Schlossmann sich ausgedacht hat, in nichts zerfallen. Doch mag um seine Polemik zu kennzeichnen, ein kleiner Punkt erwähnt werden. In l. 30 pr. D. neg. gest. sagt Papinian auch, dass der Gläubiger einen Bürgen angenommen habe und Schlossmann deducirt nun, dass ja der Gläubiger den Bürgen gleich wieder verloren habe, wenn die Darlehensforderung gleich von ihm aufgegeben sei, denn der Bürge sei natürlich für die Darlehensschuld des Mandatars bestellt. Schlossmann hält die Stelle für unecht, aber soweit sie für seine Meinung günstig zu sein scheint, ist sie natürlich echt. Uebrigens ist seine Auffassung in Ansehung des Bürgen falsch. Die Stelle ergibt, dass der Gläubiger contrahirt hat, mit der Absicht, den Mandanten zum Schuldner zu erhalten (*cujus litteras secutus*). Es ist daher zweifellos, dass der Bürge für die Schuld des Mandanten verlangt und bestellt ist.

Zum Schluss noch folgende Frage. Wenn heute Jemand einem Bevollmächtigten, der in eigenem Namen contrahirt, 1000 M. gegen 4% Zinsen leiht, dabei aber ausmacht, dass der geliehene Betrag zur Bezahlung einer Schuld des Machtgebers zu verwenden sei — ist man dann zu der Annahme berechtigt, dass dem Bevollmächtigten lediglich der Auftrag gegeben sei, die 1000 M. zur Bezahlung der Schuld des Machtgebers zu verwenden und dass also weder ein Darlehensvertrag noch ein Zinsversprechen vorliege? Wenn man dazu nicht berechtigt ist, so hat man ebensowenig das Recht, in den Fällen der l. 5 § 3 D. neg. gest. und l. 5 § 1 D. quando ex facto tutor, den Darlehensvertrag aus dem Grunde zu leugnen, weil daneben eine Vereinbarung über die Verwendung des Geldes getroffen ist. Wenn Schlossmann etwa meint, dass so etwas heute nicht vorkommt, so zeigt er damit wieder, dass er das praktische Leben nicht kennt.

Da Schlossmann sich S. 310 auf das Wort beruft: „an ihren Früchten sollt ihr sie erkennen“, so will ich in Beziehung auf die Früchte seiner Auffassung der Quellen doch noch folgendes Beispiel mittheilen. Der Handlungsbevollmächtigte eines Krämers kauft in eigenem Namen Waaren von einem Grosshändler oder von dessen Reisenden, aber auf Verlangen des Verkäufers wird dabei verabredet, dass die verkauften Waaren in dem Geschäft des Krämers zur Verwendung zu bringen sind. Die Praxis würde in diesem Falle unbedenklich feststellen, dass die Umstände ergeben, es sei nach dem Willen der Contrahenten im Namen des Machtgebers also des Krämers contrahirt. Ich würde mich dafür entscheiden, dass dem Verkäufer die Klage Papinians zu geben sei. Schlossmann würde den Contract ebenso aufzufassen haben wie die l. 6 § 1 (l. 5 § 3) D. neg. gest. Er würde folglich sagen, dass der Verkäufer den Handlungsdieners des Krämers beauftragt habe, die Waaren in dem Geschäfte des Krämers zu verkaufen. Der Grosshändler würde also die Geschäfte des Krämers durch dessen Handlungsdieners besorgen lassen. Seltene Verirrung! Die eben genannte Stelle ist aus dem Grunde nicht selten missverstanden, weil man es für ausgemacht hielt, dass die adjecticische Doppelhaft auf die Contractschliessungen der Procuratoren ausgedehnt sei, während Ulpian in der Stelle so deutlich wie möglich sagt, dass diese Ausdehnung nicht stattgefunden habe. Denn der procurator, welcher unter vertragsmässiger Bezugnahme auf den Machtgeber mit einem Dritten contrahirt hat, kann nach Ulpians ausdrücklichen Worten von dem Dritten nicht verklagt werden (*cum quo contraxi nullam*). Ich werde auf diesen Grundsatz und dessen Folgen noch ausführlich zurückkommen. Bei dieser Gelegenheit werde ich dann auch wohl noch näher auf die Schlossmannschen Irrthümer zurückkommen.

IX.

Die Benennungen der Constitutionensammlungen.

Von

Th. Mommsen.

Ueber die den Sammlungen der Erlasse und Gesetze der römischen Kaiser beigelegten Benennungen haben die Juristen öfter gehandelt; aber es ist dabei nicht alles beachtet worden, was in Betracht zu ziehen war.

Die einzige aus vordiocletianischer Zeit uns bekannte derartige Sammlung, des Papirius Justus *constitutionum libri XX* aus dem Ende des zweiten Jahrhunderts, entfernt sich im Titel nicht von der herkömmlichen Form.

Wohl aber ist dies der Fall mit den gleichartigen unter und nach Diocletian verfassten Sammlungen.

Die älteste unter Diocletian im Jahre 294 veröffentlichte führt in dem davon unter den westgothischen Excerpten erhaltenen Auszug die Ueberschrift *incipit codicis Gregoriani liber (primus)* oder, wo in den Handschriften die Buchtheilung beseitigt ist, *incipit codex Gregorianus*. Die gleiche Bezeichnung *codex Gregorianus* erscheint in dem Erlass, durch welchen Theodosius II. im Jahre 429 die Kaiserverordnungen zusammenzustellen vorschrieb *ad similitudinem Gregoriani atque Hermogeniani codicis* (C. Th. 1, 1, 5 und daraus Isidor orig. 5, 1, 9) und im Anschluss an diesen Erlass in den von Justinian im Jahre 528 und 529 über Herstellung einer analogen Sammlung erlassenen Verfügungen.

Die übrigen Citate und die Erwähnungen kennen lediglich die Bezeichnung *Gregorianus* schlechtweg. Die Sinai-scholien citiren nach Büchern τοῦ Greg. Die um 397 geschriebene sogenannte *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* citirt *Gregorianus libro . . . sub titulo . . .*, als wäre dies der Name des Verfassers, wie es denn sogar einmal (6, 5) darin heisst: *hanc constitutionem Gregorianus titulo de*

nuptiis inseruit. In gleicher Weise wird, wie Huschke (Rudorff, Zeitschrift für Rechtsgeschichte 6, 252) nachweist, die Sammlung in den Scholien der vaticanischen Fragmente, die wohl auch noch dem vierten Jahrhundert angehören, ferner bei Augustinus, in der burgundischen lex Romana, in der consultatio veteris iurisconsulti angeführt; wenn in der letztgenannten wohl erst im 6. Jahrhundert abgefassten Schrift und ebenso in den auf den westgothischen Auszug bezüglichen oder daran anknüpfenden Anführungen es heisst *ex corpore Gregoriani*, so habe ich schon vor langer Zeit (in Böckings vierter Ausgabe des Ulpian S. 118) dies zusammengestellt mit der Ueberschrift unserer Handschrift von Ulpians *regulae ex corpore Ulpiani* und der bekannten Stelle C. Th. 1, 4, 3: *Scacvola Sabinus Iulianus atque Marcellus in suis corporibus non inveniuntur*; es heisst dies lediglich 'aus dem Bande, der den Ulpian u. s. w. enthält'. Da diese römischen Juristen der germanischen Spätzeit in gleicher Weise citiren *ex corpore Theodosiani*, könnte dies an sich auch gefasst werden als die 'gregorische Sammlung'; aber dass auch sie 'den Juristen Gregorianus' im Sinne haben, sagt ihre Erläuterung zu C. Th. 1, 4, 3 geradezu: *ex his omnibus iuris consultoribus, ex Gregoriano, Hermogeniano, Gaio, Papiniano et Paulo quae necessaria . . . videbantur elegimus.*

Die die oben erwähnte Sammlung ergänzende, ebenfalls wenigstens in der ersten Bearbeitung unter Diocletian veröffentlichte Sammlung wird im Auszug eingeführt mit den Worten *ex corpore Hermogeniani*; die Unterschrift lautet gewöhnlich: *explicit liber Hermogeniani*. Bei den Anführungen wird *Hermogenianus* ebenso gebraucht wie *Gregorianus*. *Codex Hermogenianus* findet sich neben *codex Gregorianus* in den angeführten Verordnungen Theodosius II. und Justinians.

Codex Theodosianus und ebenso *codex Iustinianus* sind, wie dies ausser den Handschriften die Publicationspatente und die daran anknüpfenden Aktenstücke beglaubigen, die von den Kaisern Theodosius II. und Justinian ihren Sammlungen kaiserlicher Erlasse officiell beigelegten Benennungen.

Dieser Sachverhalt ist befremdend sowohl hinsichtlich der Buchtitulatur wie hinsichtlich der damit verknüpften personalen Bezeichnung. Betrachten wir zunächst die letztere.

Die alte Controverse, ob die Person, nach welcher die älteste dieser Sammlungen benannt ist, Gregorius oder Gregorianus hiess, würde bei genügender Kunde der römischen Nomenclatur schwerlich geführt worden sein.

Die Benennung Gregorius gehört, wie die entsprechende lateinische Bildung Vigilius, zu den *signa*, das heisst zu den in der späteren Kaiserzeit aufkommenden und allmählich den alten Eigennamen sich substituierenden Beinamen, als da sind Eusebius, Eugenius, Innocentius, Vincentius und unzählige andere¹⁾; aus ihnen sind die meisten der im Mittelalter und noch heute gangbaren Vornamen hervorgegangen. Dem entsprechend wird Gregorius auf den Inschriften der besseren Kaiserzeit nirgends gefunden, wo aber seit dem dritten Jahrhundert die Benennung auftritt, muss sie entweder²⁾ oder kann mindestens ohne Bedenken³⁾ als *signum* gefasst werden. In den

¹⁾ Vgl. Staatsrecht 3, 211. Wann dieser Gebrauch aufgekommen ist und wann er in die Inschriften eindringt, ist noch nicht genügend untersucht. Eine der ältesten Erwähnungen ist die des Beinamens des Commodus Amazonius (vita 11, 9). Völlig sichere inschriftliche Belege für denselben vor dem dritten Jahrhundert sind mir nicht bekannt; sehr wahrscheinlich indess gehört die gleich zu erwähnende Inschrift von Puteoli eines *M. Ulpus Augusti libertus* einem Freigelassenen Traians. — ²⁾ Auf der Grabschrift des *M. Ulpus Nicephorus Aug. lib.* (Puteoli C. X, 1729) steht *Gregorio* zwischen *d. m.* und dem im Genitiv gesetzten Namen. Auf einer Weihinschrift vom Jahre 224 (Tibur, C. I. L. XIV, 3553) ist der Dedicant *M. Aurelius Aug. lib. Zoticus* nachträglich bezeichnet worden als *Gregorius*. Die lateinische Grabschrift eines angesehenen Municipalen aus Belluno (C. V, 2044) *C. Flavius Hostilius Sertorianus* schliesst mit der griechischen Acclamation: *Γρηγόρι χαῖρε*. Ebenso steht auf einer puteolanischen (C. X, 2061): *Gregori vias*. In der römischen eines *M. Αἰρ. Γρηγόριος Μέλας* (C. I. Gr. 6548) erweist der doppelte Beiname das erste als *signum*. — ³⁾ Die Benennung Gregorius finde ich ausser den eben angeführten nur in zwei heidnischen Inschriften: *Astilius Gregorius* der (unsicheren) von Brixia C. V, 4535 und *A[ur. G]regorius* in einer im Jahre 319 in Salonae aufgestellten Liste (C. III, 1968^b). Die beiden von Diocletian an einen Gregorius gerichteten Erlasse (cod. Iust. 1, 22, 1 S. 8, 52, 9) geben den Namen verkürzt. Sicher verkürzt ist uns auch der Name überliefert des Schülers des Origenes, Bischofs des pontischen Neocaesarea um 264; dieser, der sogenannte Thaumaturgos, führt den Reigen der christlichen Gregorii und ohne Zweifel ihm zu Ehren haben später die Bischöfe von Nazianz und von Nyssa und zahlreiche andere hervorragende Geistliche sich diese Benennung beigelegt.

vornehmen Kreisen begegnet uns der Name zuerst bei dem praefectus praetorio von Italien und Africa aus den letzten Jahren Constantins I, den wir nur unter diesem Namen kennen, später bei dem Proculus Gregorius, praefectus praetorio von Gallien unter Gratian¹⁾, wo also die Benennung auch als signum auftritt. — Wenn sonach die Verwendung dieses Namens in dem wahrscheinlich bloss usuell gestalteten Titel einer Compilation diocletianischer Zeit nicht befremdet, so ist dagegen für den Namen Gregorianus mir weder ein epigraphischer noch ein litterarischer Beleg bekannt. Dies ist kein Zufall. Die Derivativa auf *-ianus*, wie sie sonst dem römischen Namenwesen so geläufig sind, wo aus Eutyches und Hermogenes Eutychianus und Hermogenianus hervorgehen, aus Maximus, Maximinus, Maximillus Maximianus, Maximinianus, Maximillianus, werden aus den signa auf *-ius* nicht entwickelt. Wenigstens vermag ich eine derartige gangbare Form²⁾ nicht zu nennen; und wenn auch einzelne Erscheinungen der Art nicht fehlen, da ja auf dem Gebiet der Namenbildung am Ende alles möglich ist, so sind dieselben dem Sprachgefühl wie dem Sprachgebrauch sicher zuwider. Der Gegensatz zwischen *cognomen* und *signum* findet in diesem Bildungsgesetz scharfen Ausdruck.

Damit ist jene Differenz erledigt. *Gregorianus*, wie die Späteren den Sammler nennen, kann er nicht geheissen haben, da eine solche Benennung für die Epoche Diocletians unmöglich ist, wie denn auch *codex Gregoriani* nirgends sich findet. *Codex Gregorianus* kann grammatisch sowohl das Buch des Gregorius wie das Buch des Gregorianus bedeuten; aber nach der gegebenen Ausführung erscheint die erstere Auffassung als allein zulässig.

Die der ältesten dieser Sammlungen nachgebildeten Bezeichnungen der drei späteren *codex Hermogenianus*, *codex Theodosianus*, *codex Iustinianus* sind ihrer Bedeutung nach längst festgestellt. Der Verfasser der ersten heisst bekanntlich Hermogenianus, welches Cognomen selbst als senatorisches

¹⁾ C. XIV, 137; Gregorius bei Symmachus und Ausonius (Seeck, praef. ad. Symm. p. CXXVI). Warum Seeck (daselbst p. CLXXX) das signum *Gregarius* C. VI, 1706 in *Gregorius* umwandelt, weiss ich nicht. —

²⁾ Vereinzelt *Eugenianus* (C. VI, 10201) und *Gaudentianus* (de Vit. u. d. W.) weist O. Hirschfeld mir nach.

schon im zweiten Jahrhundert vorkommt¹⁾; die beiden folgenden Sammlungen sind von den Kaisern benannt, die sie veranlasst haben. Bei den Namen auf *-anus* ist das Adjectiv dem Substantiv gleich, wogegen bei den auf *-ius* ausgehenden die Endung *-ianus* eintritt; also sind alle drei grammatisch correct. Aber nicht minder correct kann die zweite Sammlung bezeichnet werden als *codex Hermogeniani*, was sich ja auch findet.

Also liegen uns hier vor das Buch des Gregorius, das Buch des Hermogenianus, das Buch Theodosius II., das Buch Iustinians. Aber wie kommt das Wort *codex* dazu als Titel zu figuriren und als specifischer Ausdruck verwendet zu werden für eine Sammlung kaiserlicher Erlasse?

Im Anschluss an Birt (das antike Buchwesen S. 104) antwortet Krüger (in dieser Zeitschrift 8, 81) auf diese Frage, dass der aus Pergament gebildete Band zu fassen sei als Gegensatz zur Papyrusrolle, dem volumen, und die offizielle Bezeichnung dieser Sammlungen dadurch herbeigeführt worden sein möge: 'für die Form der Herausgabe entschied wohl nicht allein die Haltbarkeit des Pergaments gegenüber dem Papyrus, sondern auch, dass sie Nachschlagewerke waren, deren Benutzung durch die Rollenform wesentlich erschwert worden wäre'. Er scheint also anzunehmen, dass für diese Verordnungsammlungen die Schreibung auf Pergament vorgeschrieben war. Dies wird insoweit richtig sein, dass für diese Sammlungen von Haus aus die Blattform verwendet ward, während damals, als sie aufkamen, für die Litteratur noch die Rolle überwog. Aber abgesehen davon, dass die beiden älteren Sammlungen nicht füglich auf offizielle Veranstaltung zurückgeführt werden können und dass auch die juristischen Schriften ohne Zweifel damals ebenfalls mehr nachgeschlagen als gelesen worden sind, ist die Frage damit nicht erledigt, warum für die Sammlungen der Verordnungen die Blattform gegensätzlich gegen die Rolle zur Anwendung gekommen ist. Vielleicht ist die Lösung darin zu suchen, dass der *codex* zurückgeht auf die *tabulae publicae* und bei diesen im Laufe der Zeit für die Holztafel das Papyrus- oder Pergamentblatt eintrat²⁾. Wenn bei richterlich thätigen Behörden der Ge-

¹⁾ C. X, 4860. 4861. — ²⁾ Vgl. meine Ausführung im Hermes 2, 114 fg. Deutlich zeigt sich dies, wie Birt (das antike Buchwesen S. 96)

brauch aufkam die bei ihnen einlaufenden für die Entscheidung massgebenden kaiserlichen Rescripte aus ihren Protokollen¹⁾ auszuscheiden und also eine eigene Rescriptensammlung zu bilden oder wenn gar, was wenigstens möglich ist, der Gebrauch bestand, die kaiserlichen Erlasse gesondert zu den Acten zu nehmen, so ist es erklärlich, dass diesen die Form der *tabulae publicae* blieb und dass, im Gegensatz zu den wahrscheinlich in dem Local auch vorhandenen auf Papyrusrollen geschriebenen Hilfsbüchern²⁾, die Rescriptensammlung im Gerichtsgebrauch bezeichnet wurde als *codex*. Als dann ein Advocat oder ein Official der diocletianischen Zeit, Namens Gregorius, vielleicht zunächst nur für seinen Privatgebrauch eine nach Titeln geordnete derartige Sammlung anlegte, mag dieser 'Gregorische Band' in gewöhnlicher Buchtheilung in den litterarischen Verkehr übergegangen sein. Eine eigentliche Publication durch den Sammler selbst ist wohl unterblieben, da er in diesem Fall sich schwerlich bloss mit dem in dieser Epoche noch keineswegs vorwiegend³⁾ gewordenen signum genannt und auch wohl der Sammlung eine andere Benennung gegeben haben würde als die anscheinend allein an ihr haftende des 'Buches Gregors'. Nachdem einmal *codex* bei diesem zum Buchtitel geworden war und speciell die Sammlung kaiserlicher Erlasse bezeichnete, werden die späteren gleichartigen diese Bezeichnung beibehalten haben.

Mit den Quellen, denen die Redactoren dieser Sammlungen die kaiserlichen Erlasse entnahmen, beschäftigt sich diese Notiz nicht. Indess die Untersuchung Seecks über die Zeitfolge der Gesetze Constantins, deren Veröffentlichung in dieser Zeitschrift (Bd. 10 S. 1 f.) vor kurzem begonnen hat, und insbesondere die Einleitung, welche die im wesentlichen bekannten Fehlerquellen der In- und Subscriptionen

richtig erkannt hat, darin, dass Asconius (in Mil. p. 29) die *tabulae publicae* (vgl. Staatsrecht I³, 347 A. 5) bezeichnet als *codices librariorum*.

¹⁾ Ueber diese regesta vgl. Krüger, Römische Rechtsquellen S. 276 A. 105. — ²⁾ In der grösseren Ausgabe der Vat. fr. p. 404 habe ich darauf hingewiesen, dass durch die Vorschrift des Citirgesetzes hinsichtlich der Vorlegung der Handschriften älterer *iuris auctores* die Schriften von Papinian, Paullus und Ulpian vorausgesetzt werden als im Bureau selbst vorhanden. — ³⁾ Man vergleiche die Schriftstellernamen L. Caelius Firmianus Lactantius und Iulius Valerius Alexander Polemius.

sehr ausführlich und sehr emphatisch abhandelt, veranlasst mich zu der Bemerkung, dass das private Element sicher auch bei den Sammlungen Theodosius II. und Justinians eine nicht geringe Rolle gespielt hat. Es ist eine meines Erachtens unzulässige Supposition, dass alle darin enthaltenen mit dem *propositum* versehenen Erlasse aus den Provinzialarchiven entnommen seien und man für die theodosische Sammlung ein buntes 'Gemisch von Büchern, Rollen und einzelnen Blättern aus allen Theilen des Reiches zusammengeschleppt habe'. Im Promulgationspatent derselben heisst es: *longum est memorare, quid in huius consummationem negotii contulerit vigiliis suis Antiochus ex praefecto et consule* und so weiter. Einem jeden der zahlreichen Commissionsmitglieder, welche die beiden betreffenden Verordnungen nennen, muss eine beträchtliche Anzahl derartiger Erlasse zu Handen gewesen sein und die thätigeren von ihnen werden dieses eigene Material so gut genutzt haben wie die Juristen der früheren Kaiserzeit die ihnen zugänglichen kaiserlichen Rescripte. Es ist daher ein völlig aussichtsloses Unternehmen, an den durch solche Zufälligkeiten bedingten Inhalt der Gesetzsammlung weitgehende historische Hypothesen zu knüpfen, die Zustände in Spanien und Aegypten und die mehr oder minder vorgeschrittene Barbarisirung der Provinzen an der Zahl der aus den einzelnen Gebieten mitgetheilten Constitutionen messen zu wollen. Aber es geht eben nirgends ab ohne neue Resultate. Wer unbefangen prüft, was in Betreff der Uebearbeitung der Consulardatirung von mir im Neuen Archiv 14, 233 und jetzt in scheinhafter Polemik von Seeck a. a. O. S. 26 f. ausgeführt ist, wird finden, dass ein Dissensus gar nicht vorhanden ist. 'Dass die Subscriptionen des Theodosischen Codex von den Redactoren überarbeitet worden sind, ist unbestritten und unbestreitbar', heisst es bei mir. Dass diese Uebearbeitung nicht consequent durchgeführt worden, ist ebenso unbestreitbar, da die notorisch das Provisorium an der Stirn tragende und aus aller definitiven Datirung entfernte Formel *et qui fuerit nuntiatus* sich, wie dort ausgeführt ist, von Seeck aber hier verschwiegen wird, an nicht weniger als fünf Stellen erhalten hat. Wozu also der Lärm?

X.

**Inhaber-, Order- und executorische Urkunden
im classischen Alterthum.**

Von

Herrn Geheimerath Professor **L. Goldschmidt**
in Berlin.

Inhaltsübersicht.

	Seite
Einleitung	352
1. Recht der orientalischen Völker	354
2. Order-, Inhaber-, Executiv-Clauseln des mittelalterlichen Rechts	356
3. Die sygrapha in der Rede des Demosthenes c. Lacritum. Executivclausel	360
4. Die Inschrift von Orchomenos, betreffend die Darlehensgeschäfte der Nikareta	363
5. Die Amorginischen Anlehensurkunden	368
6. Späterer hellenistischer Quellenkreis	372
7. Cession im griechischen Recht?	373
8. Plautus Curculio; σύμβολον in Plautus' Bacchides und bei Lysias	380
9. Clausel eive ad quem ea res pertinebit. Verpflichtung zu Gunsten unbestimmter Gläubiger	384
10. Die Orderanweisung: l. 11 D. de novat.	387
11. Ueberweisungskette. Scontration. Schluss.	393

Inhaber- und Order-Papiere sowie executorische Urkunden gelten als dem classischen Alterthum unbekannt, hinsichtlich der Wechsel nimmt dies mindestens die herrschende Meinung an.

Lässt sich nun, wie mir scheint, der sichere Nachweis erbringen, dass diese Annahme in allen Theilen ungegründet ist, so bedarf es doch zuvor einer Verständigung über den Umfang des für die entgegenstehende Behauptung zu erbringenden Beweises.

So ist z. B. der heutige Wechselbrief wirthschaftlich wie rechtlich ein von dem mittelalterlichen Wechselbrief sehr verschiedenes Institut. Der letztere, und zwar gleichmässig in den beiden Grundformen des (domicilirten) Eigenwechsels wie der Tratte, ist lediglich urkundliche, wenngleich durch strenges Urkundenrecht gesicherte Zuweisung einer (empfangenen oder allenfalls als empfangen fingirten) Geldsumme nach auswärts; er ist dagegen weder Urkunde über eine abstrakte Geldforderung, noch ist er im Sinne des heutigen Rechts indossabel.

Hat aus dem heutigen vollkommenen Inhaberpapier der Berechtigte ein durchaus selbständiges, durch Einreden aus der Person des ersten Nehmers wie sonstiger Vormänner an sich nicht zerstörbares Recht, so hat es doch viele Jahrhunderte gewährt, ehe diese Selbständigkeit des „Inhaberrechts“, mag sie auch vielleicht schon ursprünglich im Keime vorhanden gewesen sein, zur vollen rechtlichen Anerkennung gelangt ist.

Die Vollentwicklung der „Scripturrechtspapiere“ (nach Brunners Bezeichnung „Papiere öffentlichen Glaubens“) vollzieht sich so in sehr langen Zeiträumen. Die Geschichte dieser Entwicklung ist noch zu schreiben und erfordert genaue Kenntniss des sich allmählich entfaltenden Gewohnheitsrechts wie des theils hemmenden, theils fördernden römisch-canonicalen Privat- und Process-Rechts in seiner mittelalterlichen Ausbildung, nicht minder aber germanischen Urkunden-, Forderungs- und Process-Rechts. Jeder Sachkundige weiss, dass in allen diesen Richtungen noch sehr viel zu thun ist.

Dagegen wird für die Frage, ob bereits das Alterthum die vorhin genannten Institute gekannt hat, der Nachweis genügen, dass vor der germanischen Epoche gleiche Rechtserscheinungen vorhanden sind, wie sie die primitiven Gestaltungen des mittelalterlichen Rechts enthalten. Ja man darf glauben, schon damit die geschichtliche Forschung zu fördern, wenn man nur im classischen Alterthum gleiche Thatbestände von unzweifelhaftem Rechtsgehalt aufweist, sollte es, einstweilen mindestens, noch nicht gelingen, die einzelnen Rechtssätze mit Sicherheit festzustellen, welche sich an diese Thatbestände geknüpft haben. Die hier allein zum

Ziele führende streng inductive Methode kann nicht vorsichtig genug gehandhabt werden.

Von den Wechseln, welche eine besondere Untersuchung erfordern, soll an dieser Stelle abgesehen werden.

Auszuscheiden ist ferner das vielbehandelte Feld der *tesserae* (Marken) der classischen Zeit. Denn wie unzweifelhaft auch der blosser Inhaber (Vorzeiger) der Marken zur Entgegennahme der durch dieselben bezeichneten Leistung legitimirt war¹⁾, so gehören doch alle einschlägigen Einrichtungen dem Gebiet nicht des Privatrechts, sondern des Verwaltungsrechts an²⁾. Es ist weder ersichtlich, dass — mindestens nach römischem Recht — dem Inhaber solcher Marken eine *actio* zustand, noch umgekehrt, dass die an den blossen, vielleicht unberechtigten Vorzeiger erfolgte Leistung mit einem Privatrechtsmittel hätte angefochten werden können.

1.

Aus dem Recht der orientalischen Völker ist gar nichts hinsichtlich der Phönicier und Karthager bekannt. Denn das vielbesprochene karthagische „Ledergeld“ („etwas“ in ein Stück Leder von der Grösse eines Stater eingewickeltes)³⁾ war nur Münzzeichen, es lief als Geld an Stelle des Metallgeldes um — dass sich an dessen Innehabung irgend welche Privatrechtsansprüche knüpften, ist unglaublich, nicht einmal ein Einlösungsrecht irgend welcher Art ist bezeugt.

Neuerdings ist behauptet worden, das unzweifelhaft grosse Handelsvolk der Babylonier habe, sicher im 7. oder doch 6. Jahrhundert vor unserer Zeitrechnung, die Orderurkunde gekannt, aber ich vermisse für diese Annahme jeden Nachweis. Denn wenn *Revillout*, *les obligations en droit Egyptien*, appen-

¹⁾ Die neuesten Untersuchungen über die attischen *σύμβολα* für Theoriken, Ecclesiasten- und Heliasten-Sold (*Benndorf* u. a.) s. bei *Fränkel* zu *Boeckh*, *Die Staatshaushaltung der Athener* 3. Ausg. II not. 411. 430. 431. 439 (S. 64* ff.); über römische *tesserae* (*σύμβολα*) *frumentariae* etc.: *Marquardt*, *Römische Staatsverwaltung* II S. 122 not. 3, S. 124 not. 8, S. 125 not. 5, S. 126. III S. 476 not. 2. 3 S. 515 (538?). — ²⁾ *Pernice* in dieser Zeitschr. N. F. V S. 99 f. 103 ff. 110. — ³⁾ *Aechines Eryxias* 17 p. 399 E — 400 A (*Steph.*) *Aristid. πρὸς Πλάτωνα ὑπὲρ τεττάρων* XLVI (II p. 195 *Dind.*).

dice: sur le droit de la Chaldée (1886) p. 467 behauptet, der „hudu“ (?) des Bankiers sei eine Art auf Sicht lautendes „billet à ordre“, so erhellt dies mindestens nicht aus den beigebrachten Urkunden. Ebenso wenig ist ersichtlich, mit welchem Grunde die zum Theil unleserlichen Urkunden aus den Jahren 536 und 524, auch wenn sie richtig gelesen und übersetzt sind, von Oppert et Ménant, documents iuridiques de l'Assyrie et de la Chaldée (1877) p. 266. 268 als „billets à ordre“ bezeichnet werden — oder soll, wie das bei französischen Juristen mitunter begegnet, dieser Ausdruck nicht technisch, sondern für ein freibegebbares Papier überhaupt verstanden sein? Wenn endlich Lenormant, histoire ancienne de l'Orient 9. ed. (1887) V. p. 117 in dem complicirten Creditgeschäft vom Jahre 553, welches vielleicht einen Wechsel (sipartu (?) = Sendebrief) enthält, daraus, dass neben dem benannten Gläubiger ein Präsentant nicht benannt ist, folgert, dass jeder Inhaber des Thontäfelchens legitimirt sein solle, so ist dieser Schluss augenscheinlich ungerechtfertigt. Immerhin erscheint ja die Möglichkeit eines derartigen Sachverhalts und der durch das so umfangreiche noch unedirte Urkundenmaterial zu erbringende Nachweis wirklicher Order- und Inhaber-Urkunden in babylonischer Zeit keineswegs ausgeschlossen¹⁾.

Wenn ferner Kuntze, Inhaberpapiere S. 47 ff. die Vermuthung aufstellt, es könnten die hellenischen syngraphae unter dem Einfluss des späteren (im babylonischen Talmud 4. Jahrh. n. Chr. fixirten) jüdischen Rechts allmählich den Charakter (moderner) Scripturobigationen angenommen haben, so wird nunmehr, wenn sich die „Scripturobigation“ schon im vortalmudischen Recht der Hellenen erweisen lässt, wohl die umgekehrte Annahme gerechtfertigt erscheinen. Die einzige Erwähnung nämlich von Urkunden, welche rechtlich als Inhaberpapiere behandelt wurden (Tractat baba batra 172 a. b) knüpft an die Namen zweier erst im 3. und 4. Jahrhundert n. Chr. lebenden Rechtslehrer (R. Hana und Rabbah) an²⁾. Uebrigens

¹⁾ Die von Volz gegen Hypothesen Rawlinsons aufgestellten allgemeinen Bedenken — s. Kuntze, Die Lehre von den Inhaberpapieren S. 36 — sind keineswegs überzeugend. — ²⁾ S. die Stelle ausführlich bei L. Auerbach, Das jüdische Obligationenrecht Bd. I (1870) S. 246 ff. 270 ff.

enthält der Talmud (Tractat Gittin 13^b) sicher auch die Orderclausel¹⁾: „Ich verpflichte mich Dir und jedem, der durch Dich fordert“. Die Weiterentwicklung des talmudischen Rechts interessirt hier nicht.

2.

Behufs Gewinnung eines sicheren Vergleichspunktes soll paradigmatisch von den ältesten bisher bekannten Order- und Inhaber- sowie Executiv-Urkunden bzw. Formeln ausgegangen werden.

1. Orderclausel.

— Quod si non fecero — pro duplum — me aut heredis meos aut heredes vestri „aut cui hanc cautionem dederitis exigendam“ teneatis obnoxii (Marculfi form. II. 25 [Zeumer p. 92]).

— rem vestra redere debiam et caucionem meam recipere facias aut tibi „aut cui caucionem ista dederis ad exigendum“ (Form. Andecav. 22 [Zeumer p. 11]).

— aut vobis „aut cui caucione ista dederis ad exagenda“ (eod. 38 [Zeumer p. 17]).

— aut vobis „aut cui caucionem istas dederis ad exagenda“ (eod. 60 [Zeumer p. 25]).

Zugleich mit Executivclausel:

— Qui (l. Quod) si minime fecero et diem huius meae caucionis excessero, iuratus dico per hoc et illud, quia „liceat tibi cautionem meam cui tu ipse volueris tradere et adibito (adhibito? a debito? ad libito?) mihi executere (executare?) supradicta pecunia una cum beneficio suo duplicata cogar exsolvere“ (Form. Visigoth. 38 [Zeumer p. 591]).

Urkunden:

760. — si quis de heredibus vel consortes meos contra suprascripta S . . . vel contra illo homine „cui ipsa hanc pagina ad exigendo dederet“ causare — presupserit — (Memorie di Lucca, V 2 Nr. 65).

882. — ubi ego bel meos heredes bobis „bel cui tu isto cautu in manum emiseritis“ reddederimus sol. 4 — (Cod. Cav. I Nr. 91) u. v. a.

In der später üblichen Orderform:

¹⁾ Von Auerbach S. 282 ff. nicht verstanden.

Bedingter Eigenwechsel:

1160. — Nos bonus iohannes tinea et adalasia jugales accepimus a te wilielmo burone libras 10 den. ianuens., quas „tibi vel tuo misso“ per nos vel nostrum missum dabimus per totam istam estatem. si non, in scicilia dabimus „nuncio tuo ionathe cerriolo aut ei quem mihi ordinaveris“ uncias auri 6. (Monum. hist. patr. Chart. II Nr. 882 col. 650).

Die üblichen Clauseln fasst präzise zusammen z. B. die Urkunde vom 16. August 1156 (eod. Nr. 335 col. 343): — de quibus promitto reddere tibi „vel tuo certo misso“ — libr. 40 usque proximas kalendas augusti. quod si non fecero, penam dupli tibi stipulanti promitto. pro sorte et pena bona pignori tibi subiicio. „intres et extimare facias tua auctoritate et sine consulum iussu et facias quicquid volueris“¹⁾).

2. Inhaberclausel.**a) alternative bzw. conjunctive:**

Mit Stellvertretungsvermerk (wohl richtiger als Orderclausel zu bezeichnen):

z. B. Urkunde 821 — obligavit se nobis „vel cui istum breve in manu paruerit in vice nostra“ — (Cod. Cav. I Nr. 11).

964 — componere obligabimus — tibi nominati Iohanni „vel cui anc cartulam vice nostra in manu paruerit“ — (Cod. Cav. II Nr. 225).

Ohne Stellvertretungsvermerk:

850 — in tua qui supra Periteo presb. „vel de illum homine, qui hunc meum iudicatum pre manibus abuerit ad exi[ge]ndum et dispensandum“ — (Memorie di Lucca IV. 2. App. Nr. 46).

928. — componere ipsorum Grimperti et Ioccardi et

¹⁾ Noch ausführlicher lautet die Executivclausel, in der auch die Clausel „tibi vel tuo certo misso“ enthaltenden Urkunde vom 8. Juni 1156 (eod. Nr. 316 col. 332): unde pro sorte et pena bona quae habemus et habituri sumus tibi pignori subicimus tali pacto, quod si ut superius continetur, non observaverimus, exinde liceat tibi intrare in bonis nostris que volueris in solutum pro sorte et pena tua auctoritate et sine consulum iussu et facias inde quicquid volueris sine omni nostra nostrorumque heredum contradictione et omnium personarum pro nobis.

ad eorum eredes „seu cui hunc scriptum in manum paruerit“ 50 auri sol. (Cod. Cav. I Nr. 148).

974. — componere obligaverunt se suisque heredibus, mihi „vel cui hunc brebem in manu paruerit“ 30 auri sol. In der gleichen Urkunde findet sich alternative Combination der Orderclausel und der Inhaberclausel: ille homo „cui per me dispositum fuerit vel cui hunc brebem in manu paruerit“ — (Cod. Cav. II Nr. 276). Desgleichen:

993. — obligaverunt se et suis heredibus mihi „et cui vel ubi per me dati paruerit“ et ad nostris heredibus „et cui carta ipsa in manum paruerit“ 100 auri sol. (Cod. Cav. III Nr. 463).

Hier mag noch der merkwürdige genuesische Eigenwechsel mit Kursberechnung vom 18. September 1162 (Chart. II Nr. 1183 col. 809) genannt werden, wo es heisst:

solvemus infra mensem postquam sciciliam pervenerimus, uncias auri 31 $\frac{1}{3}$ „nuncio tuo vel nomine mathei vel manfredi de portinco vel tuo certo nuncio, ei scilicet quod cartulam sarracenicam quam tibi relinquimus, nobis aut uni nostrum exhibuerit“.

b) Reine Inhaberclausel.

Urk. 968. — siant obligatos — componere homini illi „cui scriptum in manu paruerit“ 50 sol. — (Cod. Cav. II Nr. 257).

997. Verbindung der Order- und Inhaberclausel: — obligaverunt se et suis heredibus ut — darent ipsi filii mei „ad ille omo cui per me dispositum fuerit — 9 auri tari —; et si ipsi filii mei — taliter „ad ille omo cui per me dispositum fuerit et cui scriptum iste in manum paruerit“ pro mea parte non adimpleverit, componere obligaverunt se et suis heredibus „ad ille omo cui scriptum iste in manum paruerit“ 10 auri sol. (Cod. Cav. III Nr. 514).

Hinsichtlich der Executivclausel mag noch, statt aller, auf das Formular bei Rolandinus, aurora ¹⁾ gewiesen werden:

— possint ex pacto ipsos debitores et quemlibet eorum in solidum ad solutionem dicti debiti faciendam in dicto termino et ad omnia et singula in hoc contractu contenta effica-

¹⁾ Briegleb, Ueber executorische Urkunden II S. 61 ff.

citer observanda realiter et personaliter convenire. Ferner: ita, quod a termino in antea, si tunc solutio facta non fuerit, liceat ex pacto ipsis creditoribus et cuicunque ipsorum propria auctoritate sine curiae proclamatione aut aliqua denunciatione vel aliquo praeiudicio dictorum bonorum — ingredi possessionem etc. Desgleichen Durantis, speculum¹⁾. — —

An diese primitiven Formeln soll gehalten werden, was aus dem classischen Alterthum auf uns gelangt ist. Jedoch bedarf es noch einer ergänzenden Vorbemerkung.

Neben den vollkommenen Inhaberpapieren des heutigen Rechts giebt es unvollkommene, nämlich solche, welche zum Empfange der Leistung nicht in dem Sinne legitimiren, dass der Rechtsausweis (die Legitimation) gegenüber dem Aussteller (Schuldner) erübrigt, sondern nur in dem Sinne, dass der Aussteller (Schuldner) sich durch Zahlung an den Inhaber befreit; sie sind an den Inhaber gültig zahlbar, aber nicht von dem Inhaber als solchem exigibel, sofern der Aussteller (weiteren) Rechtsausweis verlangt. Sie kommen vor als Papiere mit der reinen oder mit der alternativen Inhaberclausel (von Brunner genannt „hinkende Inhaberpapiere“) und als schlichte Namenpapiere, welche gleichwohl an den blossen Inhaber gezahlt werden dürfen (von Brunner „hinkende Namenpapiere“ genannt). Beide Classen der unvollkommenen Inhaberpapiere sind artenreicher, als angenommen zu werden pflegt. — Der gleiche Gegensatz begegnet bei den Orderpapieren.

Finden sich nun im classischen Alterthum Urkunden, welche nach ihrer Form als Inhaber- oder als Order-Papiere erscheinen, so ist damit allein noch nicht entschieden, ob sie der Classe der vollkommenen oder der unvollkommenen („hinkenden“) angehören, und es wird häufig, in Ermangelung anderweitigen Anhalts, sich diese wichtige Frage gar nicht oder nur mit annähernder Gewissheit entscheiden lassen. Für den hellenistischen Quellenkreis scheint mir das vollkommene Order-

¹⁾ Briegleb, eod. II S. 77 ff. Der Zusammenhang der Executivclausel mit dem Langobardischen Volksrecht — s. Wach, Der italienische Arrestprocess I, S. 16 ff., 54 ff. und dort auch die Urkunden von 796. 819, vgl. Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte S. 366 — ist hier nicht zu verfolgen.

und Inhaber-Papier sicher zu sein; für den römischen wird sich zwar das vollkommene Order-Papier, wenn auch nur in Gestalt der Order-Anweisung, nicht bezweifeln lassen, dagegen begegnet von den Inhaberpapieren, soviel ich sehe, nur das unvollkommene, und auch dessen römische Herkunft bezw. Verwendung ist keineswegs sicher.

3.

Die vielbesprochene Seedarlehnsurkunde (*συγγραφή*) in der etwa 341 verfassten angeblich Demosthenischen Rede c. Lacritum (XXXV) 10—13 von zweifelhafter Echtheit¹⁾ enthält die Hypothecirung der zu ladenden 3000 Amphoren Wein mit der Clausel, dass diese Ladung von jeder anderen Schuld frei sei und nicht für ein anderes Darlehen verpfändet werden dürfe. Demnächst heisst es: Nach glücklicher Rückkehr (in den Piraeus) soll das Pfand unberührt zur Verfügung der Gläubiger bis zu deren voller Befriedigung bleiben. Weiter:

ἐὰν δὲ μὴ ἀποδῶσιν ἐν τῷ συγκειμένῳ χρόνῳ, τὰ ὑποκείμενα τοῖς δανείσασιν ἐξέστω ὑποθεῖναι καὶ ἀποδόσθαι τῆς ὑπαρχούσης τιμῆς. καὶ ἐὰν τι ἐλλείπη τοῦ ἀργυρίου ὃ δεῖ γενέσθαι τοῖς δανείσασι κατὰ τὴν συγγραφήν, κατὰ Ἀρτέμωνος καὶ Ἀπολλοδώρου ἔστω ἡ πρῶξις τοῖς δανείσασι καὶ ἐκ τῶν τούτων ἀπάντων, καὶ ἐγγύων καὶ ναυτικῶν, πανταχοῦ ὅπου ἂν ᾦσι, καθ' ἅπερ δίκην ὠφληκότων καὶ ὑπερημέρων ὄντων, καὶ ἐνὶ ἑκατέρῳ τῶν δανεισάντων καὶ ἀμφοτέροις.

Wenn nach Verfall der Seedarlehnsschuld, d. h. innerhalb 20 Tagen nach der Rückkehr, die Schuldner nicht zahlen, so dürfen die Gläubiger sich in den Besitz der Pfandobjecte setzen und dieselben zum Preise, welchen sie erzielen, ver-

¹⁾ S. über die alte Streitfrage jetzt einerseits C. Wachsmuth, Rhein. Museum f. Philol. N. F. 40 S. 301 ff., andererseits Christ, Abh. der Bayr. Akad. Phil. Kl. XVI Abth. III (1882) S. 261 ff. und Thalheim, Hermes XXIII S. 333 ff. und Lipsius zu Meier und Schömann, Der Attische Process S. 679 not. 542. Ueber die kritischen und sprachlichen Gründe gegen die Echtheit erlaube ich mir kein Urtheil (ist das Fehlen der Urkunden in der Attikusausgabe ein sicherer Beweis späterer Erdichtung?), sachliche Bedenken bestehen m. E. gegen die Echtheit nicht.

kaufen. Bleibt danach noch ein Schuldrest, so dürfen die Darlehensgläubiger gegen die Schuldner (Artemon und Appollodor) Execution vollstrecken auf all deren Gut, Landgut und Seegut, aller Orten, wo sich solches befindet, gleich als wäre gegen sie ein verurtheilendes Erkenntniss ergangen und sie befänden sich in Zahlungsverzug, und es soll dieses Recht sowohl jedem einzelnen der Gläubiger wie beiden zustehen (active Solidarität). Den Schluss bildet die Clausel:

κυριώτερον δὲ περὶ τούτων ἄλλων μηδὲν εἶναι τῆς συγγραφῆς —

was § 39 noch ausführlicher dahin wiedergegeben wird:

ἡ μὲν γὰρ συγγραφὴ οὐδὲν κυριώτερον ἢ εἶναι τῶν ἐγγεγραμμένων, οὐδὲ προσφέρειν οὔτε νόμον οὔτε ψήφισμα οὔτ' ἄλλ' οὐδ' ὅτιοῦν πρὸς τὴν συγγραφὴν.

Mag nun auch die vorliegende Urkunde von den späteren Grammatikern nach anderen Mustern fabricirt sein, so unterliegt es doch, nach dem sonstigen Inhalt der Rede, keinem Zweifel, dass die in der Urkunde erwähnten Vereinbarungen wirklich getroffen worden sind; s. z. B. 21. 24. 37. 38. 39. Nicht erwähnt wird in der Rede freilich die ausbedungene „*πρᾶξις*“, aber zu dieser ist es im concreten Falle, da die Schuldner theils die zugesagten Pfandobjecte gar nicht geladen, theils den Gläubigern zu entziehen verstanden hatten, gar nicht gekommen.

Dass in Demosthenischer Zeit im Seedarlehnsgeschäft, dem wichtigsten Speculationsgeschäft des Alterthums, die betreffenden Vereinbarungen und Vertragsclauseln üblich waren, erweisen:

Demosthenes c. Apaturios (XXXIII) 6:

οἱ χρήσται κατήπειγον αὐτὸν ἀπαιτοῦντες καὶ ἐνεβάρυνον εἰς τὴν ναῦν, εἰληφότες τῇ ὑπερημερίᾳ,

insbesondere aber Demosth. in Dionysodor. (LVI):

38: *εἰὰν δὲ μὴ παράσχῃσι τὰ ὑποκείμενα ἐμφανῇ καὶ ἀνέπαφα, ἢ ποιήσωσί τι παρὰ τὴν συγγραφὴν, ἀποδιδότωσαν διπλάσια τὰ χρήματα (poena dupli),*

vgl. 39 ff.:

45: *ἡ δὲ συγγραφὴ κελεύει, εἰὰν μὴ παρέχῃσιν ἐμφανῇ τὴν ναῦν, ἀποτίνειν αὐτοὺς διπλάσια τὰ χρήματα,*

τὴν δὲ πρᾶξιν εἶναι καὶ ἐξ ἑνὸς καὶ ἐξ ἀμφοῖν
(passive Solidarität).

Allerdings dafür findet sich m. W. aus älterer Zeit kein Beleg, dass die πρᾶξις, wie laut συγγραφή der Rede in Lacritum, nach ausdrücklicher Vereinbarung über das Pfand hinaus auf alle Güter des Schuldners erstreckt wird; immerhin sind derartige, wenn auch sehr beschwerende Vereinbarungen für spätere Zeit unzweifelhaft bezeugt, und können auch in Demosthenischer Zeit vorgekommen sein.

Zur Erläuterung der bisher anscheinend nirgends eingehend erörterten Lehre von der πρᾶξις¹⁾ mag bemerkt werden:

Bekanntlich steht nach attischem Recht aus verurtheilenden Erkenntnissen die Execution dem obsiegenden Kläger selbst, ohne staatliche Intervention zu, sofern nicht öffentliche Interessen betheiligt sind. Sie vollzieht sich durch Pfändung des ὑπερήμερος (der „Uebertägige“), soweit nicht ein Anderes unter den Parteien vereinbart wurde. Widersetzte sich der Verurtheilte der Execution, so riskirte er die δίχη ἐξούλης (Besitzstörungsklage), welche im Falle der Verurtheilung ausser Judicatssumme und Schadensersatz eine der Judicatssumme gleichkommende Busse an den Staat nach sich zog²⁾.

¹⁾ Es ist bezeichnend, dass sogar das technische Wort in den Sachregistern von Hermann, Thalheim, Meier und Schömann (Lipsius) gar nicht erwähnt wird. Böckh, Staatshaushalt, hat πρᾶττειν, εἰσπράττειν nur in der allgemeinen Bedeutung von einziehen, eincassiren (II², S. 70. 73). Gneist, Die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts erwähnt die Clausel in seiner ausführlichen Beschreibung der griechischen Urkunden nicht und lässt sie sogar bei wörtlicher Wiedergabe einzelner Urkunden, in welchen sie steht (S. 477. 460), weg. Büchschütz, Besitz und Erwerb im griechischen Alterthum spricht S. 489 nur ganz allgemein von „in Anspruch nehmen“. Zuerst hat wohl Perrot, 1874, nach dem Citat bei Dareste, auf die technische Bedeutung von πρᾶξις hingewiesen, demnächst Dareste, les plaidoyers civils de Demosthène, Paris 1875. I p. 333 not. 13 („exécution parée, que nous trouvons en droit romain sous la forme de la manus injectio“?), vgl. Dareste, bulletin de corr. hellen. VIII (1884) p. 362 ff. und Revillout, les obligations en droit Egyptien (1886) p. 73. 204. 222 — sämmtlich ohne nähere Ausführung. —
²⁾ Meier und Schömann, Der attische Process. Neu bearbeitet von Lipsius S. 962 ff. 665 ff. Thalheim, Griech. Rechtsalterthümer S. 114 ff.

Diese Privatexecution, ein selbstthätiges Einziehen¹⁾, wird bereits von Demosthenes als *εἰσπράττειν*, *εἴσπραξις* und dergl. bezeichnet²⁾.

An die Hypothekbestellung knüpfte nun das Gesetz die Befugniß des Gläubigers, sich im Verzugsfalle in gleicher Weise in den Besitz des Pfandobjects zu setzen, als ob gegen den Verpfänder ein verurtheilendes Erkenntniß ergangen wäre³⁾.

Selbstverständlich konnte, was das Gesetz (vielleicht infolge üblicher Vereinbarung) festsetzte, auch durch Vereinbarung für den Fall der Hypothekenbestellung bestimmt werden, und es wäre nur ein weiterer Schritt gewesen, dass solche Vereinbarung auch über den Fall der Hypothecirung hinaus für wirksam erachtet wurde. Diese Vereinbarung scheint nun in späterer Zeit sehr allgemein gewesen zu sein; die Executivclausel begegnet so häufig, dass der Anschein entsteht, sie habe die Regel des hellenistischen Schuldrechts gebildet.

Auf dieses hat insbesondere eine erst in neuester Zeit aufgefundene Doppelreihe von Urkunden ein ungeahntes Licht geworfen.

4.

Eine wahrscheinlich aus der Zeit zwischen 223—192 v. Chr. stammende, 1879 in Orchemenos gefundene, 7 zusammen-

¹⁾ S. z. B. Demosthenes pro Phormione (XXXVI) 6. — ²⁾ S. z. B. Demosth. contra Euergos und Mnesibulos (XLVII) 19. 21. 25. 30. 33. 40. 41 und öfters. Lex Seg. 311: *εἰσπράττειν ὑπερημέρους*. —

³⁾ Demosth. c. Apaturios (XXXIII) 6: *οἱ χρῆσται κατήπειγον αὐτὸν ἀπαιτοῦντες καὶ ἐντεβάτευσον εἰς τὴν ναῦν εἰληφότες τῇ ὑπερημερίᾳ*. Demosth. c. Spoudias (XLI) 7: *τὸν νόμον, ὃς οὐκ ἔξ̄ διαρρήδην, ὅσα τις ἀπειτίμησεν εἶναι δίκας, οὐτ' αὐτοῖς οὔτε τοῖς κληρονόμοις*, vgl. 10; Bekker, Anekdot. 249, 18: *ἐμβατεῖα τὸ τὸν δανειστὴν ἐμβατεῦσαι καὶ εἰσελθεῖν εἰς τὰ κτήματα τοῦ ὑποχρέου*. Ueber die *δίκη ἐξούλης* in diesem Falle s. Meier und Schömann (Lipsius) S. 667, Thalheim S. 90 not. 1. Das ephesische Gesetz (etwa 83 v. Chr.) bei Dittenberger, *syll. inscr. Graec.* 344, auch Thalheim a. a. O. S. 134 ff., Z. 7 ff. hat: *ἐμβαντες εἰς κτήματα κατὰ πράξεις ἔχουσιν τὰ κτήματα καὶ νέμονται, εἶναι [αὐτοῖς] κυρίας τὰς ἐμβάσεις, εἰ μὴ τι ἄλλο ἔχοντες πρὸς αὐτοὺς ὡμολογήκασιν*. Thalheim S. 147 übersetzt das *κατὰ πράξεις* mit „auf Grund von Verträgen“ — sollten nicht die Executivacte darunter verstanden sein?

gehörige Urkunden enthaltende Inschrift¹⁾ stellt die sehr merkwürdigen Schuldverhältnisse zwischen der Stadt Orchomenos in Boeotien und der Gläubigerin Nikareta aus Thespieae dar.

Nikareta hatte auf die jener Zeit stark verschuldete Stadt Orchomenos 4 (oder 5) durch Schuldverschreibungen — im böotischen Dialekt *σούγγραγον* genannt — verbriefte Forderungen, deren Gesamtbetrag, anscheinend mit inzwischen verfallenen Zinsen, sich auf 18,883 Drachmen belief. Diese fälligen Forderungen, über welche Verzugsurkunden (*ὑπερα[η]μερίαι*) behufs Liquidstellung und Exequirbarkeit aufgenommen waren, liess Nikareta vor den Thetmophylakes²⁾ von Thespieae registriren, einigte sich aber mit der Stadt Orchomenos dahin, dass der Schuldbetrag ohne weitere Zinsen, innerhalb etwa 4 Monaten, und zwar 3 Tage vor dem Feste der Pamboiotia, zurückgezahlt werden solle, bei Vermeidung der üblichen Conventionalstrafe des duplum, wogegen andererseits auf Annahmeverzug der Nikareta sehr schwere Nachtheile gesetzt wurden. Das Original dieses vor 7 Zeugen aufgenommenen, in die Form eines Darlehenschuldscheins eingekleideten novirenden Vertrags (*σούγγραγον*), in welchem als Schuldner eine Anzahl hervorragender (Polemarchen u. s. f.) Orchomenier, als Bürgen 10 angesehene Männer der gleichen Stadt erscheinen, wird bei einem der Zeugen deponirt.

Die Rückzahlung wird, anscheinend auf Andrängen der

¹⁾ Zuerst veröffentlicht, übersetzt und erläutert von Foucart, bulletin de correspondance hellénique III (1879) p. 459 ff. IV (1880) p. 1 ff. 535 ff. Vgl. dazu insbes. Latschew, Mittheilungen des Deutschen archäologischen Instituts in Athen Bd. VII (1882) S. 30 ff.; weitere Litteratur und berichtigten Text bei Cauer, delectus inscriptionum Nr. 295. Aus den Erörterungen dazu sind zu nennen: Dareste, bulletin de corr. hell. VIII (1884) p. 371 ff.; Szanto, Wiener Studien (Zeitschr. f. class. Philol.) Bd. VII (1885) S. 232 ff. VIII (1886) S. 1 ff., C. Wachsmuth, Rhein. Mus. f. Phil. N. F. Bd. 40 (1887) S. 283 ff. —

²⁾ Beamte, welche ein Verzeichniss der nicht bezahlten fälligen Schulden hielten. Sie kommen anscheinend nur in Böotien vor: Gilbert, Hdb. der griech. Staatsalterthümer II S. 52 ff., sind aber augenscheinlich verwandt dem ägyptischen *συγγραφοφύλαξ* bezw. *συνθηκοφύλαξ* der Ptolemäerzeit: Gneist, Die formellen Verträge S. 454 ff. Lumbroso, économie politique de l'Egypte p. 263. Ueber *χρεωφύλακτον* s. Boekh, Staatshaushalt I^a S. 596 und Hermann-Blümner, Gr. Privatalterthümer S. 461 not. 1 a. E.

Nikareta, schon vor der Verfallzeit kraft Beschlusses der Stadt Orchomenos bewerkstelligt und zwar in Thespieae durch eine Bankoperation, indem der Kämmerer (*ταμίας*) von Orchomenos, Namens Polioukritos, mit einem der 3 Polemarchen (obersten Magistrate) von Orchomenos bei dem Bankier Pistokles in Thespieae die Summe auf Nikareta übertragen liess. Ob nicht allein Nikareta, sondern auch die Stadt Orchomenos bei Pistokles ein Conto hatte, ob also die Zahlung durch blosse Ab- und Zuschreibung geschah, oder ob der Kämmerer von Orchomenos den Betrag bei Pistokles für diesen Zweck baar eingezahlt hat, erhellt nicht. Der hierüber lautende, gleichfalls auf Stein gegrabene, wohl einzige aus dem Alterthum erhaltene Vermerk¹⁾ lautet:

Διαγραφά Νικαρέτη διὰ τραπεδδας τᾶς Πιστοκλείους ἐν Θεσπιῆς. — ἐπὶ τὰς Πιστοκλείους τραπεδδας Νικαρέτη παρεγράφει παρ Πολιουκρίτῳ — Ἐρχομενίου ταμίαο οὐπεραμειράων — ἀργυρίου δραχμῇ 18,833²⁾):

Umschreibung für Nikareta mittelst der Bank des Pistokles in Thespieae. Am . . . hat bei der Bank des Pistokles der Kämmerer von Orchomenos, Polioukritos, der Nikareta zuschreiben lassen die für die verfallene und liquide Schuld (*οὐπεραμειρία*) vereinbarte Summe von 18,833 Drachmen Silber.

Demnächst wird im Register der Thetmophylakes zu Thespieae die Schuld gelöscht³⁾ und dieser Lösungsvermerk von den Polemarchen der Stadt O. als Beleg für die Tilgung der Schuld der Stadtgemeinde O. vorgelegt. Diese beschliesst,

¹⁾ Ueber die Anweisungen zur Auszahlung im Bankverkehr s. Demosth. c. Kalippum (LII) 3—7. 18, 19; c. Timotheum (XLIX) 5. 30. 59. 65. Polybius XXXII 13. Vgl. auch Büchschütz, Erwerb und Besitz S. 504 Not. 5. Dareste, les plaidoyers civils de Demosthène I p. XXXVIII. Im Sprachgebrauch der Ptolemäer ist *διαγραφή* eine öffentliche Urkunde über Eigenthumserwerb (Peyron, papyri greci. Taurini 1826/7. I p. 144 ff. II p. 21 ff.). — ²⁾ In dem Beschluss der Stadtgemeinde O. heist es, dass er auf Stein gegraben werden solle, auch: *τὴν διαγραφὴν τῶν χρημάτων ὧν [παρ]έγραψαν αὐτὴ διὰ τραπεδδας*. — ³⁾ Der Vermerk lautet: . . . *τὸ σου[ν]άλλα[γ]μα διαγράψῃ τὰς οὐπε[ρ]αμειρίας τὰς Νικαρήτας ἐν Θεσπιῆς τὰς καὶ τὰς πόλιος — Τῶν τεθμοφυλάκων γραμματεὺς Σα . . .*

indem sie ihren Beamten Decharge ertheilt, die einzelnen einschlägigen Actenstücke in Stein hauen zu lassen.

Die einzelnen älteren Schuldurkunden von O. gegen N. sind nur ihrem wesentlichen Inhalt nach, vermuthlich so, wie sie bei dem Thetmophylakes registrirt waren, in der Inschrift enthalten; jede einzelne ist als *συνάλλαγμα* bezeichnet. Auffallend ist, ausser gewissen Dunkelheiten¹⁾ der böotische Ausdruck *ππτάμαθα*, wahrscheinlich *κτήματα*, d. h. Capital (Cauer). Weshalb Foucart den Ausdruck *συνάλλαγμα* mit „billet à ordre“ übersetzt, ist nicht ersichtlich, in den Einzelurkunden findet sich keine Spur der Orderclausel.

Praktisch handelte es sich nur noch um die novirende²⁾ Gesamtschuldurkunde. In dem Volksbeschluss von O., kraft dessen diese Gesamtschuldurkunde aufgenommen ist, heisst es:

Σούγγραφον δὲ γραψάσθῃ τῷ ἀγγυρίῳ τῶς — πολέμαρχως Ἐρχομενίων καὶ ἐγγούως ὥς καὶ δοκιμάδδῃ Νικαρέτα, καὶ θέσθῃ μέσεγγνον παρ Φιφιάδαν Τιμοκλείος Θεσπιεῖα:

eine syngraphe soll geschrieben werden über das Geld durch die Polemarchen von O. und die Bürgen, welche N. genehmigen wird und dieselbe soll deponirt werden bei F. in Thespiae.

Der spätere Beschluss geht dahin, dass die Zahlung nur gegen Vernichtung der Schuldurkunde geschehen solle:

καὶ τὰν συγγραφὰν ἂν ἔχῃ — ἀνελέσθῃ.

Diese syngraphe in Form eines neuen Darlehensschuld-scheines — es wird die Hingabe des vereinbarten (fälligen) Schuldbetrages als Darlehn fingirt —, deren wesentlicher Inhalt bereits mitgetheilt ist, enthält nun 4 hier in Betracht kommende Clauseln:

- 1) Die Clausel der Solidarverbindlichkeit gegen die nominalen (4) Darlehensempfänger und gegen die (10) Bürgen;
- 2) die Executivclausel gegen alle diese Personen;

¹⁾ So das „*Συννόμω*“. Heisst es solidarisch (Foucart) oder ist es ein Name (Cauer)? — ²⁾ S. auch Szanto a. a. O. VII S. 241. VIII S. 7. 30 ff.

- 3) die Clausel der unbedingten Verbindlichkeit (Unumstösslichkeit) der Urkunde;
- 4) die Order- oder die alternative Inhaber-Clausel.

Der einschlägige Passus lautet:

— ἀποδότωσαν δὲ τὸ δάνειον οἱ δανεισάμενοι ἢ οἱ ἔγγυοι Νικαρέτα — —
 εἰὰν δὲ μὴ ἀποδοσ[ι] πραχθῇσονται κατὰ τὸν νόμον.
 [ἡ] δὲ προᾶξις ἔστω ἐκ τε αὐτῶν τῶν δανεισαμένων
 καὶ ἐξ ἐνὸς καὶ ἐκ πλειόνων καὶ ἐκ πάντων
 καὶ ἐκ τῶν ὑπαρχόντων αὐτοῖς¹⁾, πραττούσῃ ὅν ἂν
 τρόπον βούληται. Ἡ δὲ συγγραφή κυρία ἔστω
 καὶ ἄλλος ἐπιφέρῃ ὑπὲρ Νικαρέτας.

Darauf folgen die Namen der 7 Zeugen, darunter Fiphiades, bei welchem ὁ σούγγραφος deponirt werden soll.

Unter diesen 4 Clauseln sind uns die 3 ersten bereits aus den früheren Erörterungen über das Recht der Demosthenischen Zeit bekannt. Neu ist die vierte Clausel.

ἐπιφέρειν ist vorlegen, vorzeigen (exhibere)²⁾: die Urkunde soll unumstösslich (verbindend) sein, auch wenn ein anderer als Nikareta selbst die Urkunde vorlegt, d. h. natürlich, im Zusammenhange, aus derselben die Execution (προᾶξις) vollstreckt. Dagegen sind die Worte ὑπὲρ Νικαρέτας mehrdeutig. Sie können bezeichnen: für, d. h. zum Vortheil der N.; an Stelle der N.; um der N. willen u. s. f. Es ist so nicht deutlich erkennbar, ob der Vorleger der syngraphe durch diese allein legitimirt sein soll, oder ob er Vollmacht (Cession?) der N. beizubringen hat, und ob er überhaupt kraft eigenen Rechts oder nur als Vertreter (Cessionar?) der N. exequiren dürfe. Sicher ist nur, dass die Eintreibung der Schuld durch diese „Inhaberclausel“ hat erleichtert werden sollen.

¹⁾ d. h. gegen ihre Person und ihr Vermögen. — ²⁾ Turiner Papyrus I (Peyron 1826/27), p. 4 l. 16: ταῖς ἐπιφερομέναις — συγγραφαῖς; p. 6 l. 2: διαγραφὴν (Steuerregister des königl. Bankiers) ἐπιφέροντος S. auch Papyrus du Louvre (Paris 1865) 15 Z. 59, 60: εἰ καὶ τις θεῖη μηδεμίαν ἐπιφέρειν αὐτοὺς συγγραφὴν —.

5.

Die von Kumanudis zuerst publicirten¹⁾ Anlehensurkunden der Stadt Arkesine auf der Insel Amorgos, welche dem 2. Jahrhundert v. Chr. angehören, enthalten überaus harte, zum Theil exorbitante Anlehensbedingungen. Die beiden wichtigsten dieser Urkunden hat C. Wachsmuth neu edirt und mit vortrefflichem Commentar versehen.

a. Inschrift I bei W. (Bull. VIII p. 23) betrifft folgenden Fall:

Praxicles aus Naxos hat der Gemeinde Arkesine 3 Talente attischen Silbers geliehen zu 10% Zinsen, und zwar ohne jedes Risiko (des Gläubigers) heimzahlbar: ἀκίνδυνον πα[ντ]ὸς κινδύνου²⁾. Zur Sicherheit dient eine Hypothek an allem Gut der Arkesineer, zu Lande und zu Wasser, sowohl dem Staatsgut wie dem Vermögen der Bürger und sogar der Metöken. Das Capital ist beliebig, jedoch mit sechsmonatlicher Frist kündbar; erfolgt die Rückzahlung des gekündigten Capitals nicht rechtzeitig, so tritt poena dupli ein.

Die wichtigsten uns interessirenden Clauseln sind:

1. Solidarverbindlichkeit sowohl der Gemeinde wie aller Einwohner und Metöken von Arkesine:

καὶ ἐξ ἑνὸς [ἐ]κάστου ἅπαν τὸ ἀργύριον [κ]αὶ ἐξ ἁπάντων, τρόπῳ ὥς ἂν ἐπίσταιται —.

2. Die Executivclausel gegen alle diese Personen:

— ἐὰν δὲ μὴ ἀποδῶσιμ (ν?), nämlich falls die Zinsen von den Kämmerern der Stadt Arkesine nicht recht-

¹⁾ Athenaeon Bd. X (1882) p. 537 ff. und bulletin de corr. hell. VIII (1882) p. 23 ff. S. auch über diese Urkunden die S. 364 not. 1 genannten Erörterungen von Wachsmuth, Dareste, Szanto. — ²⁾ Nämlich im Gegensatz zum Seedarlehn. Die Clausel „ἀκίνδυνον“ u. dgl. entspricht der im Mittelalter üblichen Clausel „salvos (salvum) in terra“ (assalvi in terra). Es ist das reine, gemeine Darlehn; der uns selbstverständlich erscheinende Zusatz erklärt sich aus der Häufigkeit des Seedarlehens und verwandter Geschäfte. S. Pseudorhod. Seerecht p. II c. 17 (Pardessus coll. de lois marit. I p. 236): ἐγγυα καὶ ἀκίνδυνα. l. 1 pr. D. de naut. foen. (22, 3). l. 2. 5. 3 (l. 4. 2) C. eod. (4, 33). Cicero ad fam. II 17, 4: sine vecturae periculo. Meine Abhandlung: Zur Geschichte der Seeversicherung (Jurist. Abhandlungen. Festgabe für G. Beseler. 1885) S. 211 ff. Das Material der mittelalterlichen Urkunden ist inzwischen erheblich gewachsen.

zeitig gezahlt werden, *πρακτοὶ ἔστωμ Πραξικλεῖ οἱ μὴ ἀποδόντες ἡμιόλιον τὸ ἀργύριον ἐκ τῶν ιδίων πράξει πάσῃ καθ' ἅπερ ἐγ δίκης τέλος ἐχούσης κατὰ τὸ σύμβολον τὸ Ναξί[ων κ]αὶ Ἀρκεσινέων* —

Ἐὰν δὲ μὴ ἀποδῶσιν τὸ ἀργύριον κατὰ τὰ γεγραμμένα, — d. h. das Capital — *ἐξέστω πράξασθαι Πραξικλεῖ ταῦτα τὰ χρήματ[α] πράξει πάσῃ ἐ[κ] τε τῶν κοινῶν τ[ῶ]ν Ἀρκ[ε]σινέων πάντων καὶ ἐκ τῶν [ι]δίων* — *τρόπῳ ᾧ ἂν ἐπίσταιται, καθ' ἅπερ δίκην ὠφληκότων ἐν τῷ ἐκκλήτῳ κατὰ τὸ σύμβολον τὸ Ναξ[ίω]ν καὶ Ἀρκεσινέων τέλος ἐχούσιν ἀζημίῳ ὄντι πάσης ζημίας* —.

Die urkundliche Feststellung des Executivrechts soll somit gleiche Kraft haben, wie ein auf Klage vor dem Schiedsgericht¹⁾, welches laut Staatsvertrag (*σύμβολον*) zwischen Arkesine und Nexos besteht, ergangenes Urtheil.

Widerstand gegen die *πραῖξις* wird mit Strafe von 1 Talent und Ersatz aller Kosten und Schäden, ohne Minderung der Schuld, geahndet; auch für diese Strafe ist die gleiche *πραῖξις* statthaft. Das so executorisch Beigetriebene mindert nicht den Betrag der Schuld.

3. Verschiedene Order- oder alternative Inhaber-Clauseln, in Verbindung mit der Clausel der unbedingten Verbindlichkeit (Unumstösslichkeit) der Urkunde:

a) Z. 17. 18. Die Kündigung des Capitals darf auch durch einen Boten (*nuntius, missus*) des Gläubigers geschehen:

Τὸ δὲ ἀρχαῖον ἀργύριον ἀποδώσουσιν ἐν ἑξ μῆσιν, ἀφ' οὗ ἂν ἀπαιτήσῃ[ι] Πρα[ξι]κλε[ς] ἢ ὃν ἂν πέμψῃ Πραξικλῆς ἀπαιτήσουντα.

b) Z. 18—20. Die Rückzahlung von Capital bezw. die Zinszahlung soll in Naxos geschehen an den Gläubiger oder an jemand anders auf dessen Geheiss:

Ὅταν δὲ ἀποδιδῶσιν [τ]ὸν τόκον ἢ τὸ ἀρχαῖον, ἀποδώσουσιν ἐν Νάξῳ Πραξικλεῖ ἢ ᾧ αἰ γ[κ]ελεύ[ηι]

¹⁾ Ueber πόλις ἐκκλητος cf. Hesych. s. v. ἐκκλητοὶ und Aechines c. Timarch. 12, 39. Heffter, Athenäische Gerichtsverfassung S. 91 verb. S. 493.

Πραξικλής, in geeigneter Münzsorte [δ]πω[ς] ἄγ
κελεύει.

Diese Clausel macht wesentlich die Urkunde zu einem domicilirten Eigenwechsel an Order des Gläubigers.

- c) Z. 32. 33. Die Execution kann geschehen durch den Gläubiger oder durch andere Personen auf dessen Geheiss:

καὶ ἐάν τινες ἄλλοι πράττωσιν τὰ χρήματα
κελεύοντος Πραξικλέους.

- d) Z. 41—46. Die Urkunde gilt unumstösslich und zwar zu Gunsten eines jeden, der sie vorlegt, mag dies der Darlehensgläubiger sein oder wer immer für ihn den Betrag einzieht (exequirt):

Τῆς δὲ συγγραφῆς τῆσδε [ὦ]μολόγησαν Ἀρ-
κ[εσιν]εῖς μηδὲν εἶναι κυριώτερον, μήτε νόμον μήτε
φ[ί]σμα μήτε δ[ό]γμα [μή]τε στρατηγὸν μήτε ἀρχὴν
ἀλλὰ κρίνου[σ]αν ἢ τὰ ἐν τῇ[ι] συγγ[ρ]αφῇ γεγ[ρ]αμ-
μένα μήτε ἄλλο μηδὲν μήτε τέχνη μήτε πα[ρ]ε[ρ]έσει
μηδεμίᾳ, ἀλλ' εἶναι τὴν συγγραφὴν κυρίαν οὐ
[ἀ]ν ἐπιφέρῃ, ὃ δανείσας ἢ οἱ πράσ[σ]οντες
ὑπὲρ αὐτοῦ.

b. Die Inschrift II bei W. (Athen. X p. 536 Nr. 9) betrifft ein Darlehn von unbekanntem Umfang, welches ein gewisser Alexandros (wahrscheinlich aus Arkesine) der Gemeinde Arkesine gegeben hat. Sie ist nur theilweise erhalten. Auch sie enthält:

1. die Clausel der Solidarverbindlichkeit, in gleichem Umfange, wie Urkunde a;
2. die Executivclausel: ἐξέστω πράσασθαι, in wesentlich gleichem Umfange wie Urkunde a: καθάπερ δίχην ὀφληκόντων ἐν τῇ ἐκκλήτῳ καὶ ὄντων ὑπερημέρων. Besonders hervorgehoben ist hier noch, dass jeder Widerstand gegen den Exequenten, auch seitens eines Beamten (ἀρχων), so behandelt werden solle, als wäre über die δίχη ἐξούλης rechtskräftig entschieden¹⁾:

ἀποτε[ισ]άτω Ἀλεξάνδρῳ ἀργυρίου δραχμὰς Δ[Δ]Δ
... ος καὶ πρακτὸς ἔστω τοῦτο τὸ ἀργύριον ὡς ὡγλη-

¹⁾ S. oben S. 362.

κὼς δίκην Ἀλεξάνδρῳ ἐξούλης ἐν τῇ ἐκκλήτῳ καὶ ὧν ὑπερήμερος.

3. Verschiedene Order- oder alternative Inhaber-Clauseln.

a) Z. 9. 10, wörtlich gleich Urkunde a Z. 32. 33:

καὶ ἐάν τινες ἄλλοι [πράττ]ωσι τὰ χρήματα κελεύοντος Ἀλεξάνδρου.

b) Z. 19—25, wörtlich gleich Urkunde a Z. 41—46, auch hier die Clausel: εἶναι τὴν συγγραφὴν κυρίαν οὐ ἂν ἐπιφέρῃ ὁ δανείσας ἢ οἱ πράσσοντες ὑπὲρ αὐτοῦ.

c. Inschrift III (Athenaion X p. 537 Nr. 10) ist sehr verstümmelt. Aber es findet sich doch sicher:

1. die Executivclausel:

Z. 2. 3: καὶ πρακτὸς ἔστω το[οῦ]το τὸ ἀργύριον ὡς ὠφληκῶς δίκην

Z. 5. 6: καὶ ἐάν τι βλάβος ἢ ἀνάλωμα γένηται εἰς τὴν εἰσπραξίν τῶν χρημάτων . . .

2. Z. 7 wörtlich wie Urkunde a Z. 41 ff. und Z. 11. 12:

ἀλλ' εἶναι τὴν συγγραφὴν κυρία[ν] οὐ ἂν ἐπιφέρῃ ὁ δανείσας ἢ οἱ πράσσοντες ὑπὲρ αὐτοῦ —.

d. Inschrift IV (Bull. de corr. hell. VIII p. 26. 27). Sehr verstümmelt. Verschiedene Personen aus Astypalaiai haben an die Gemeinde Arkesine 5 alexandrinische Talente . . . Drachmen zu monatlichem Zins von 4 Obolen 2 Chalkous bis zu einem bestimmten Termine geliehen. Strafe bei Verzug. Hinsichtlich der Zinszahlung findet sich die Executivclausel¹⁾ mit Orderclausel:

Z. 9. 10: ἀποδώσουσι δὲ Ἀρκεσινεῖς τὸν τόκον κατ' ἐνιαυτὸν τοῖς δανεισταῖς ἀκίνδυνον (s. oben S. 368 Not. 2) ἐν Ἀστυπαλαίαι νόμισμα Ἀλεξάνδρεον etc.

¹⁾ Auch das in dem Testament der Epicteta von der Insel Thera, aus dem 3. oder 2. Jahrhundert v. Chr., geordnete merkwürdige Statut einer Familiengenossenschaft (Boeckh, c. inscr. gr. II Nr. 2448, Cauer, del. inscr. p. 77 — s. auch Dareste, nouv. revue histor. VI [1882] p. 250 ff., Keil, Hermes XXIII [1888] p. 289 ff. —) enthält an zahlreichen Stellen die Executivclausel wegen Nichtleistung von Bussen u. dgl.; auch gegen den Genossenschaftsvorsteher: IV (III) l. 37: πράσσεισθαι; V 20: πράξατο αὐτὸν; 31: ἃ πράξις ἐστίν; VII 4 ff.: πρακτὸς ἔστω —; 22 ff.: πρακτὸς ἔστω —; VIII 14: πρακτὸς ἔστω — meist mit dem Zu-

und dürfen, Z. 12, die Gläubiger selbst oder deren Boten exequiren:

ἢ αὐτοὶ ἢ ἄλλον πέμψαι εἰ[ς] πρά[σσ]ειν,

vgl. auch Z. 14: *πράξει*, Z. 20: *εἰσπράσσονται*.

Z. 26: *μηδὲν κυριώτερον μήτε νόμον μήτε ψή-
φισμα*,

wahrscheinlich stand also auch hier, wie in den drei anderen Urkunden, die Clausel: *οὐ ἂν ἐπιφέρῃ* oder dergl.

6.

Weiter gehören dem hellenistischen Quellenkreise an: ägyptische Papyrusurkunden der Ptolemäer- und der römischen Zeit. In den von mir eingesehenen findet sich Order- oder Inhaberclausel nicht und, was wichtiger ist, Herr Professor Dr. Winkler erklärt, bisher diese Clausel nicht bemerkt zu haben.

Anders verhält es sich mit der Executivclausel.

Der vielbesprochene Papyrus O. Leyden¹⁾ aus dem Jahre 89 v. Chr. betrifft ein unverzinsliches Darlehn des Conuphis an den Perser Petimuthes in Höhe von 12 Drachmen; bei nicht rechtzeitiger Rückzahlung soll die Schuldsumme auf 18 Drachmen und 30 % Jahreszinsen wachsen. Am Schlusse steht die Executivclausel:

*ἡ πράξις ἔστω Κονούφει καὶ τοῖς παρ' αὐτοῦ κατὰ
ἀπερὶ ἐκ δίκης.*

Ob unter den *οἱ παρ' αὐτοῦ* verstanden werden Bevollmächtigte, Cessionare, Erben oder vielleicht nur die „Leute“ (Untergebenen), oder ob darin eine Orderclausel liegt, ist nicht festzustellen.

Der Papyrus 7 du Louvre²⁾, von unsicherem Datum (166 v. Chr.?) beurkundet ein Getreidedarlehn unverzinslich; bei nicht rechtzeitiger Rückgabe Strafe des *ἡμιόλιον*. Weiter: *ἡ δὲ πράξις ἔστω Ἀρσιήσει* (Gläubiger) *ἐκ τῶν Ἀσκληπιά-*

σας κατὰ τὸς (oder *τοὺς*) *νόμος* — also augenscheinlich Gesetz oder Gewohnheitsrecht.

¹⁾ Papyri graeci Musei Lugduni-Batavi ed. Leemans (1843) p. 77. —

²⁾ Notices et extraits des manuscrits t. XVIII (Paris 1865) p. 171 ff.

δος (Schuldnerin) καὶ ἐκ τῶν ὑπαρχόντων αὐτῇ πάντων πράσσοντι καθ' ἅπερ ἐγ δίκης.

Der Papyrus 62 du Louvre¹⁾ (181 v. Chr.?) betrifft die Einziehung von Abgaben. Es heisst dort:

col. 6 l. 14: Ἐὰν δέ τινες πρὸς τὰς ἐγλήψεις ὀφείλωσιν ἢ περὶ αἵματις ἔστω ἐξ ἑνὸς καὶ ἐκ πάντων (solidarisch).

Dass noch in der Römerzeit περὶ αἵματις die Execution bezeichnet, erweist u. a. das Edict des Tiberius Julius Alexander a. 68 n. Chr.:

4. ἵνα αἱ πράξεις τῶν δανείων ἐκ τῶν ὑπαρχόντων ὥσι καὶ μὴ ἐκ τῶν σωμάτων, daher πρακτόρειον = Schuldgefängniss (Bruns-Mommsen, fontes⁵ p. 219).

In der von Josephus (antiq. Iud. XVI 9, 1) erwähnten συγγραφή des Herodes stand:

ἐξεῖναι τῆς προθεσμίας (Zahlungstermin) παρελθούσης ὥςια λαμβάνειν ἐξ ἀπάσης τῆς χώρας,

d. h., wie bereits Wachsmuth a. a. O. S. 300 bemerkt hat, unbedingtes Exequirungsrecht an dem gesammten (verpfändeten) öffentlichen und privaten Eigenthum des Königs, hier dem ganzen Land.

7.

Ueberblickt man den durch die S. 360—373 umschriebenen späthellenischen Rechtszustand, so wird sich nicht bezweifeln lassen, dass in Gemässheit solcher Urkunden der blosse Inhaber bzw. der durch Order als Gläubiger legitimirte Inhaber der Urkunde ein, gemäss der absoluten Verbindlichkeit der Urkunde unanfechtbares, sogar durch unmittelbare Vollstreckbarkeit ausgezeichnetes Forderungsrecht hatte. Wie sich hiermit die noch immer herrschende Annahme, dass die syngrapha des griechischen Rechts, auch des späteren, eine schlichte Beweisurkunde gewesen sei, in Einklang bringen lässt²⁾, kann hier nicht untersucht werden.

¹⁾ Eod. p. 352 ff. S. auch Papyrus III von Turin (Peyron, papyri greci r. T. M. Aeg. Turin 1826/7) l. 44 (πραχθῆναι); Papyr. V eod. l. 14 ff.: πράξιν, πρακτῆσιν, πράσσιν; Pap. VIII l. 86: πραχθῆναι αὐτὸν τὰ ἐπιτίμια. — ²⁾ Zweifel gegen diese Annahme s. jetzt bei Schupfer, singrafe e chirografi (Rivista Italiana per le scienze giuridiche VII, 3

Dagegen lässt sich die Frage nicht abweisen, in welchem Verhältniss die Inhaber- bzw. Orderclausel zu den allgemeinen Grundsätzen des griechischen Obligationenrechts steht. Denn die Bedeutung dieser Clausel ist ja eine sehr verschiedene, je nachdem bereits freie (gerichtliche) Stellvertretung und freie Uebertragbarkeit (Cessibilität) der Forderungen besteht oder nicht besteht. Im ersten Falle bedarf es ihrer zur Geltendmachung von Forderungen durch Andere bzw. zu deren Uebertragung auf Andere nicht, wogegen sie sonstige, vielleicht weitergehende Zwecke als die Cession (so in der Gegenwart) verfolgt. Im zweiten Falle ist sie Ersatzmittel der noch fehlenden (gerichtlichen) Stellvertretung und Cession, kann aber von vorneherein mit weiteren Wirkungen als diese ausgestattet sein und so sich später auch neben der anerkannten Cession behaupten¹⁾.

Nun ist, so viel ich sehe, die Frage nach der allgemeinen Statthaftigkeit der Cession im griechischen oder auch nur im attischen Recht noch gar nicht der genaueren Untersuchung unterzogen worden. Wenn Cruchon, *les banques dans l'antiquité* (Paris 1879) p. 25 behauptet: „la cession des créances était permise à Athènes par la loi de Solon“ so ist er selbstverständlich dafür jeden Beweis schuldig geblieben und es steht ihm keineswegs die Autorität Caillemers zur Seite, welcher vielmehr bemerkt, dass sich von Cession oder Indossament des „Wechsels“ im attischen Recht keine Spur findet²⁾. Daresté spricht in seinen schätzenswerthen Erörterungen zu den Demosthenischen Reden (*plaidoyers civils de Demosthène*, Paris 1875) gar nicht von der Cession; I p. XL behauptet er, dass die Athener die *effets à ordre* nicht gekannt hätten. Später (*bulletin de corr. hellén.* VIII p. 375 ff.) zieht er aus der *syngrapha in Lacritum* und den vorstehenden, neu aufgefundenen Urkunden folgende Schlüsse:

Unter *syngrapha* hätten die Griechen eine Urkunde verstanden, welche einen öffentlichen Charakter trug, mindestens

[1889], vgl. schon Brunner, *Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde* (1880) S. 49 Not. 3.

¹⁾ S. meine Ausführungen in der *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* Bd. 28 S. 74. — ²⁾ *Etudes sur les antiquités juridiques d'Athènes. Lettres de change* (Paris 1865) p. 14 ff.

auch die Gegenwart zahlreicher Zeugen und bereite Execution ohne richterliches Urtheil nach sich zog. Die Urkunde stellte regelmässig fest, dass das Vollstreckungsrecht jedem zustehen solle, welcher sich Namens des ursprünglichen Gläubigers vorstellte. Diese Clausel, welche man da, wo sie nicht ausgesprochen war, als stillschweigend verstanden ansehen darf, macht aus der Urkunde „un titre, un valeur cessible et négociable et même en réalité un titre au porteur, toute fois avec l'obligation pour le porteur de prouver sa qualité de mandataire, en cas de contestation“. An einer anderen Stelle (p. 374) nennt er die Clausel der Urkunde des Praxicles (oben S. 370) das älteste Beispiel „de la clause à ordre“.

Dass in dieser Darstellung Richtiges und Unrichtiges durcheinandergehen, liegt auf der Hand. Einerseits ist es sicherlich unbegründet, dass die (jede) syngrapha die Executivclausel und gar die Inhaberclausel tacite in sich geschlossen habe, (etwa wie der deutsche — nicht der französische — Wechselbrief die Orderclausel), wie üblich auch die erste war und wie häufig in späterer Zeit die zweite oder eine verwandte Orderclausel vielleicht vorgekommen ist. Andererseits ist nach dem Zusammenhang unserer Urkunden, namentlich bei den schweren Bussen, welche in den amorginischen Urkunden auf Widerstand gegen die Execution gesetzt sind, keineswegs wahrscheinlich, dass der Urkundeninhaber verbunden gewesen wäre, sich über seine Befugniss zur Execution anders als durch die Urkunde auszuweisen. Endlich wäre, wenn die syngrapha schlechthin ein valeur „cessible“ war, der Nachweis des Urkundeninhabers ja keineswegs auf seine „qualité de mandataire“ beschränkt gewesen — es hätte ihm, was wohl auch Dareste nicht in Abrede stellen will, freigestanden, sich als Cessionar auszuweisen.

Lipsius (Meier und Schömann, Der attische Prozess) spricht von der Uebertragung der Forderung (?) nur S. 694: „In diesem Falle (bei der in Form des Verkaufs auf Wiederkauf, *πρασις ἐπὶ λύσει*, erfolgenden Hypothekbestellung) wird die Uebertragung des verpfändeten Guts auf einen andern Scheinkäufer nicht selten vorgekommen sein. Dass aber bei jedem Darlehensvertrag das in der *συγγραφή* dem Gläubiger zugestandene Recht ohne weiteres auf jeden Dritten über-

tragbar war, erscheint nicht glaublich.“ Dazu Not. 591 „Die Bestimmung (auf die Besonderheit unserer Clauseln wird gar nicht eingegangen) kommt auf Darlehensverträgen von Orchomenos und Arkesine vor, darf aber darum nicht mit Dareste als stillschweigend auch da vorausgesetzt gelten, wo sie in der *συγγραφή* nicht enthalten ist.“

Näher, und zwar unter Verneinung allgemeiner Cessibilität, spricht sich Wachsmuth a. a. O. S. 295, 296 aus. Er findet in den amorginischen Urkunden die Besonderheit, dass die executorischen Massregeln nicht nothwendig von der Person des Gläubigers auszuführen sind, dass die Kündigung der Capitalien nicht durchaus von der Person des Gläubigers auszugehen und dass die Rückzahlung der Schuld nicht durchaus an sie zu erfolgen hat, sondern dass für alle diese Geschäfte von den Gläubigern Beauftragte eintreten können und dass schliesslich ganz allgemein absolute Uebertragbarkeit jeder aus der Schuldurkunde erwachsenen Forderung auf andere ausdrücklich ausgemacht wird. Daraus sei zu entnehmen, dass nach hellenischem Recht gewöhnlich die Pfändung von dem Gläubiger persönlich vorgenommen werden musste — wofür auch ein, freilich nicht sicherer Beweis in der Pseudo-Demosthenischen Rede gegen Euergos und Mnesibulos (XLVII § 63, 65) gefunden wird —, diese Beschränkung werde hier aufgehoben und etwas Aehnliches sei vermuthlich bei solchen Darlehensverträgen öfters vorgekommen. „Doch ist der einzige m. W. bisher anderweit nachweisbare Fall (der orcho-menische der Nikareta) um deswillen nicht voll beweiskräftig, weil es sich hier um eine Frau handelt. Ganz neu ist die Uebertragung einer ausstehenden Forderung an Dritte, und man könnte sich versucht fühlen, hierin ein erstes Auftreten des Gedankens zu sehen, der zu dem modernen kaufmännischen Wechsel führte; aber der Weg ist doch noch sehr weit, und dass man auf ihm im Handelsverkehr innerhalb der hellenischen oder hellenistischen Welt die weiteren entscheidenden Schritte gethan habe, dafür fehlt es bekanntlich an jedem Beweis.“

Ich darf einige Bedenken gegen diese unzweifelhaft fördernde Darstellung nicht verschweigen. Zunächst finde ich hinsichtlich der „Uebertragung ausstehender Forderungen“

keinen Unterschied zwischen der Orchomenischen Urkunde der Nikareta und den amorginischen Urkunden; in allen gleichmässig findet sich die alternative Inhaber- oder doch Orderclausel:

Κἂν ἄλλος ἐπιφέρῃ ὑπὲρ Νικαρέτας und οὐ ἂν ἐπιφέρῃ, ὃ δανείσας ἢ οἱ πράσσοντες ὑπὲρ αὐτοῦ,

nur dass in den amorginischen Urkunden noch ausdrücklich besonders hervorgehoben wird, dass auch die *πραῖς* durch andere (*κελεύοντος Πραξιλέους — κελεύοντος Ἀλεξάνδρου — ἢ αὐτοὶ ἢ ἄλλον πέμπαι εἰσπράσσειν*) geschehen dürfe. Dass Nikareta ein Weib ist, würde doch wohl nur insofern in Betracht kommen, als sie diese Verfügung über die ihr zustehende Forderung nicht ohne ihren (hier assistirenden) *κύριος* vornehmen durfte.

Sodann ist, wie W. wohl selber anerkennt, aus der That-
sache allein, dass in Demosthenes c. Euergos und Mnesibulos die Möglichkeit, der exequirende Nichtgläubiger Euergos, (der Bruder des Gläubigers Theophemos, 63: *ὃ οὐτε δίκην ὡφ-
λῆκειν, οὐτε συμβόλαιον ἦν μοι πρὸς αὐτὸν οὐδέν.* 65: *πρὸς οὐδέν μοι πρᾶγμα ἦν* — cfr. auch 53) könne den wirklichen — bereits in Annahmeverzug gesetzten — Gläubiger vertreten haben, nicht berücksichtigt wird, kein Schluss auf die rechtliche Unstatthaftigkeit einer derartigen Vertretung kraft erweislicher Vollmacht oder Cession des wirklichen Gläubigers zu entnehmen; umsoweniger, als, nach der Darstellung des Redners, der Gläubiger Theophemos bis dahin und noch später in Person mit seinem Schuldner verkehrt, auch die ersten Pfändungsmassregeln selbst (52), später in Gemeinschaft mit Euergos (58 ff.) vornimmt.

Nicht in der Lage, das gesammte Quellenmaterial zu über-
sehen, will ich mich auf einige, insbesondere aus den echten und pseudo-Demosthenischen Reden entnommene Bemerkungen beschränken.

Wider die allgemeine Statthaftigkeit der Cession dürfte der Umstand ins Gewicht fallen, dass anscheinend überall der Gläubiger selbst seine Sache vor Gericht vertritt (nul plaid par procureur), auch die Gerichtsrede des Logographen nur zur Unterstützung der Processpartei dient, mag derselbe auch,

wie Demosthenes für Phormio, allein sprechen¹⁾; von einem cognitor oder procurator in rem suam des römischen Rechts finde ich bei den Attikern keine Spur. Nicht unerheblich erscheint auch, dass Quintilian, freilich kein zuverlässiger Zeuge für älteres attisches Recht, sagt: instit. orat. II, 15, 30: Nam et Socrates inhonestam sibi credidit orationem, quam ei Lysias reo composuerat; et tum maxime scribere litigatoribus, quae illi pro se ipsi dicerent, erat moris, atque ita iuri, quo non licebat pro altero agere, fraus adhibebatur.

Die häufig vorkommenden Zahlungsmandate, insbes. Anweisungen auf die Bankiers, bestimmt bezeichneten Personen Auszahlungen zu machen²⁾, erweisen selbstverständlich nicht die Cession, zumal häufig die Zahlung auf Credit geschieht.

Dass es nicht üblich war, auf bloße briefliche Anweisung, sogar an darin benannte Personen zu zahlen, zeigt Demosth. c. Nausimachos und Xenophitos (XXXVIII) 11, 12, wo, allerdings unter den besonderen Umständen des Falles, eine so behauptete Zahlung als unglaubwürdig bezeichnet wird: ταῦτα τῷ μὴ κυρίῳ πέμψαντι γράμματα ἔχων ἀποδοῦναι, und 14: εἴ τινα ἔπεμψεν ὁ Δημάρετες.

Wenn in den Bankbüchern sogar von vornherein notirt wird, wer an Stelle des Zahlungsdestinatärs die Zahlung in Empfang nehmen soll (gleich der vierten Person des „Präsentanten“ in der mittelalterlichen Tratte): Demosth. c. Kalippum (LII) 4, vgl. 7, so fällt dies gegen die Statthaftigkeit, mindestens gegen die Ueblichkeit der Cession, noch mehr selbstverständlich gegen die Ueblichkeit einer Order- oder Inhaber-Clausel (eines etwa vom Bankier ausgestellten Empfangscheines)³⁾ ins Gewicht.

Andererseits findet sich in Demosth. c. Apaturios (XXXIII) 7. 8 die Uebertragung einer Forderung von 3 Minen, des Par-

¹⁾ S. auch E. Platner, Der Process und die Klagen bei den Attikern I (1824) S. 94, obwohl er einige anscheinend abweichende Vorkommnisse aufzählt. — ²⁾ So insbes. Demosth. c. Timotheum (XLIX), wo Pasion im Auftrage des Timotheus verschiedene Zahlungen leistet: 6. 16. 17. 22. 23. 28—30. 65 (δοῦναι ἐξέλυσεν Ἀντιμάχῳ etc.). — ³⁾ So der Siebenbürgische Depositatschein a. 167 p. Chr. (Bruns-Mommsen, fontes⁵ p. 268).

menon gegen Apaturios auf den Kläger, erwähnt: καὶ τὰς τρεῖς ᾧς προειλήφει οὗτος παρ' ἐκείνου ἀνθολογησάμενος πρὸς τοῦτον. Die Uebertragung kann im Wege der Novation¹⁾ oder der Cession erfolgt sein.

Wichtiger ist Demosth. pro Phormione (XXXVI) 5. 6. Pasion hatte die bei ihm von Geschäftskunden deponirten Gelder (11 Talente) im eigenen Namen verzinslich ausgeliehen. Als nun der bisherige Geschäftsführer Phormion von Pasion das Bankgeschäft pachtweise übernahm²⁾, somit auch die Depositen — so dass er selbst Schuldner der Depositengelder wurde (?) — sah er, dass er ausser Stande sein würde, die von Pasion gegen hypothekarische Sicherheit ausgeliehenen Gelder einzutreiben (εἰσπράττειν), weil er noch nicht athenischer Bürger war: μήπω τῆς πολιτείας αὐτῷ παρ' ὑμῖν οὔσης. Deshalb übernahm Pasion gegen ihn (bezw. gegen das „Bankgeschäft“) die Schuld von 11 Talenten, an Stelle derjenigen Personen, welchen diese Summen von Pasion ausgeliehen waren.

Der Schluss ist unabweislich, dass wenn dem Phormion nicht der Mangel des athenischen Bürgerrechts entgegenstanden hätte (wahrscheinlich, weil der blosse Metöke auch des Pfandbesitzes an Immobilien unfähig war), Phormion unbedenklich die ausstehenden Bankforderungen an Stelle des Pasion von den Schuldnern hätte eintreiben dürfen. Es muss also, in Demosthenischer Zeit, die Cession oder gerichtliche Stellvertretung statthaft gewesen sein — mindestens in Verbindung mit Ueberlassung von Bank- und ähnlichen Handlungen, zu deren Activa diese Forderungen gehörten — aber — sofern es sich um hypothekarisch gesicherte Forderungen handelte — oder allgemein (?) — nur zu Gunsten von Bürgern, nicht von Metöken oder von Fremden³⁾.

¹⁾ So Dareste, plaidoyers civils de Demosthène p. 203. 214 Not. 3. — ²⁾ Die „μίσθωσις“ steht in der Rede des Demosth. (richtiger Apollodor) c. Stephanos I (XLV) 31. Wie die Clausel: „ὁφείλει δὲ Πασίων ἐπὶ τὴν τραπέζαν ἑνδεκα τάλαντα εἰς τὰς παραθήκας“ von Apollodor dahin umgedeutet wird, dass die 11 Talente in der Casse gefehlt hätten und von Phormion unterschlagen worden seien, ist ein Meisterstück der Rabulisterei in diesem auch sonst schmachvollen Rechtshandel. — ³⁾ Im mittelalterlichen Italien sind statutarische

8.

Dem hellenischen Quellenkreise nahe stehen selbstverständlich die Plautinischen Komödien, insbesondere die nachweislich einem griechischen Original nachgebildeten. Immerhin darf man als Regel annehmen, dass Plautus nicht leicht Rechtsverhältnisse dargestellt hat, welche ganz ausser dem Gesichtskreise seines römischen Publikums standen, so dass sich aus solchen Erörterungen ein freilich nicht sicherer Beweis für deren Vorkommen auch im römischen Rechtsleben entnehmen lässt. Gleichzeitig dürfte feststehen, dass zur Zeit des Plautus die Cession dem römischen Recht noch durchaus unbekannt war¹⁾.

Der Curculio²⁾ spielt bekanntlich in Karien und in Epidaurus, also auf hellenischem Boden. Der miles hat von dem Cappadox leno ein Mädchen für 30 Minen gekauft, dazu noch Kleid und Schmuck für 10 Minen. Den Preis hat er noch nicht bezahlt, sondern (mindestens die 30 Minen) bei dem „tarpeßita“ Luco in Epidaurus deponirt: *apud tarpeßitam situmst* (2, 3, 64 ff. [v. 341 ff.], vgl. IV 3, 4 [v. 536]), aber mit folgender Anweisung:

v. 345 ff.: *Atque ei mandauī, qui anulo*

Meo tabellas opsignatas attulisset, ut daret

Operam ut mulierem a lenone cum auro et veste abduceret.

Demnächst stellt sich Curculio dem Luco vor, als Abgesandter des miles Therapongitonos Platagidoros: 3. 38 ff. (v. 402 ff.):

Luco: *Novi edepol nomen: nam mihi istoc nomine*

Dum scribo, explevi totas ceras quattuor.

Sed quid Luconem quaeris?

Curc.:

Mandatumst mihi

Ut has tabellas ad eum ferrem.

Verbote derart häufig, z. B. in Pisa, Padua, Modena und sonst: Pertile, *storia del diritto Italiano* IV p. 517.

¹⁾ Ueber die verwaltungsrechtliche attributio des *aes hordearium* in Aulul. u. Poenul. s. Bruns, *Zur Geschichte der Cession* (Kleine Schriften II S. 11, vgl. S. 28). — ²⁾ Benutzt ist die Ausgabe von Fleck-eisen (Teubner 1887).

Luco: Quis tu homo's?

Curc.: Libertus illius, quem omnes Summanum vocant.

Nachdem sich Luco zu erkennen gegeben hat (v. 418 ff.), geht das Gespräch weiter (v. 420 ff.):

Curc.: Multam me tibi

Salutem iussit Therapontigonus dicere

Et has tabellas dare me iussit

Luco: Mihine?

Curc.: Ita.

Cape; signum nosce. nostin?

Luco: Quid si noverim?

Clupeatus elephantum ubi machera dissicit¹⁾.

Curc.: Quod istic scriptum esset, id te orare iusserat

Profecto ut faceres, suam si velles gratiam.

Luco: Concede: inspiciam quid sit scriptum.

Curc.: Maxume

Tuo arbitrato, dum auferam aps te id quod peto.

Demnächst liest Luco folgenden Brief (III 59 ff. [v. 429 ff.]):

„Miles Luconi in Epidauro [hospes] hospiti

Suo Therapontigonus Platagidorus plurumam

Salutem dicit“:

„Tecum oro et quaeso, qui has tabellas ad-
feret

Tibi, ut ei detur quam istic emi virginem,

Quod te praesente isti egi teque interprete

Et aurum et vestem. iam scis ut convenerit

Argentum des lenoni [et] huic des virginem.“

Nun fragt Luco (v. 437): Ubi ipsust? quor non venit? und berichtet Curculio über die Schicksale des miles Th. Pl. Nachdem sich durch diese Mittheilung Luco davon überzeugt hat, dass Curculio wirklich von dem miles Th. Pl. abgesendet ist, bemerkt er (v. 452):

Credo hercle te esse ab illo

und erklärt sich bereit, der Anweisung zu folgen (v. 453/4):

Nil moror.

Sequere hac: te apsolvam qua advenisti gratia.

¹⁾ Dies also ist das Siegel.

Der leno Cappadox tritt auf. Luco sagt ihm (v. 458):

Argentum accipias, cum illo mittas virginem.

In Act IV, 2 wird von Luco das Geld ausgezahlt, Luco ersucht den Curculio, an dessen patronus (den miles) beste Empfehlung auszurichten (v. 524).

In Act. V erscheint der miles (Th. Pl.) bei Luco und begehrt Rückzahlung der 30 minae „quas ego apud te deposui“ (V. 3, 4 [v. 535. 536]. Luco beruft sich darauf, dass er dieselbe bereits an den Freigelassenen des miles, Summanus, zurückgezahlt habe. Dies bestreitet der miles, bemerkt aber, er hätte allerdings niemals auf Rückzahlung (von dem spitzbübischen Bankier) gerechnet (v. 541. 542):

Idem ego istuc quom credebam¹⁾ credidi

Te nihil esse redditurum.

Luco entgegnet (v. 549. 550), er habe nur den Auftrag des miles respectirt:

quod mandasti, feci honoris gratia:

Tuum qui signum ad me attulisset nuntiumne
spernerem.

Der miles wirft ihm seine Leichtgläubigkeit vor (v. 551):

Stultior stulto fuisti, qui his tabellis crederes.

Luco entgegnet (v. 552. 553):

Quis respública et privata geritur, non
is crederem? — tibi res solutast recte.

Es erhellt nun, dass der miles allerdings um sein Geld bzw. um das Mädchen geprellt ist, indem Curculio, der angebliche Freigelassene des miles, den Brief gefälscht und mit dem entwendeten Siegelring des miles verschlossen hatte (II. 3, 81 ff. [v. 360 ff.]). Da aber doch zwischen dem miles und Luco wirklich verabredet war, das Geld solle an den Ueberbringer eines mit dem Siegel des Luco verschlossenen Briefes ausgezahlt werden, so behauptet Luco, richtig an Curculio und damit an den miles (tibi res solutast recte) gezahlt zu haben und der geprellte miles erhebt schliesslich keinen weiteren Widerspruch.

¹⁾ Also das hier vorliegende depositum (irregulare) wird als „credere“ bezeichnet. Das Folgende ist ein Wortwitz aus der Doppelbedeutung von credere = „anvertrauen“ und = „glauben“.

Zu beachten ist, dass Luco dem Curculio trotz Vorlegung des Briefes nicht ohne weiteres zahlt, sondern erst nachdem Curculio plausible Gründe dafür vorgebracht hatte, weshalb der miles nicht selbst komme und dass er Bote desselben sei. Andererseits ist, nach Plautus' Darstellung, an Curculio gültig gezahlt, und es würde das auch vom miles nie bezweifelt worden sein, falls Curculio wirklich rechtmässiger Briefinhaber gewesen wäre. Ob nun wirklich in einem derartigen Fall, trotz der vorausgehenden Vereinbarung, die Zahlung an den Producenten einer gefälschten Inhaberanweisung Liberation nach römischem (griechischem) Recht bewirkt hätte, mag zweifelhaft sein, interessirt uns aber hier nicht. So viel erhellt mit Sicherheit: Die (echte) auf Inhaber lautende Zahlungsanweisung legitimirt den blossen Briefinhaber zur Empfangnahme der Zahlung, mindestens in dem Sinne, dass die bona fide geleistete Zahlung des Assignaten gegenüber dem Assignanten als gültige Zahlung gilt. Da aber im vorliegenden Falle der Assignat (Luco) sich bei dem blossen Inhaberbrieft nicht beruhigt, sondern weitere Legitimation des Präsentanten (Curculio) begehrt und erlangt, so ist wahrscheinlich diese Inhaberanweisung nur ein unvollkommenes Inhaberpapier in dem oben (S. 359) entwickelten Sinne: Luco durfte ohne weitere Prüfung gültig an den Inhaber zahlen, aber auch weiteren Rechtsausweis begehren. Entscheidend ist endlich nicht die, in den Wachs-täfelchen ohnehin schwer erkennbare Handschrift, sondern das Siegel des miles. —

Natürlich konnte das gleiche Ergebniss auch durch vereinbarte Vorzeigung nur eines Siegelringes erzielt werden, indem mündlich oder schriftlich ausgemacht wird, es solle an den Vorzeiger eines gewissen Siegelringes gezahlt werden. Von diesem Falle, wo also der blosse Siegelring als Inhaberanweisung fungirt, spricht Plautus in den, einer Komödie des Menander nachgebildeten Bacchides. Auch hier und noch klarer als im Curculio handelt es sich also um hellenische Sitte.

Nach der Erzählung des Chrusalus ist von dem Sohne des Nicobulus, Namens Mnesilochus, Geld des Nicobulus in Ephesus bei Theotimus, Priester der Ephesischen Diana de-

ponirt, und zwar, nach bekannter griechischer Sitte, im Tempel: ibidem *puplicitus seruant* (II. 3, 72 ff. [v. 306 ff.]); ist weiter mit Theotimus verabredet, er solle das Geld demjenigen zurückgeben, welcher ihm den Ring des Mnesilochus vorzeigt (II. 3, 95 ff. [v. 329. 330]):

Quia id signumst cum Theotimo, qui eum (sc. anulum)
illi adferet,
Ei aurum ut reddat.

An einer andern Stelle II. 3, 29 ff. (v. 263 ff.) ist von einem „*sumbulum*“ ohne nähere Bezeichnung die Rede, mittelst dessen sich der Sohn des Nicobulus bei dessen Schuldner Archidemides in Ephesus legitimiren solle; der letztere leugnete aber die Echtheit des „*sumbulum*“.

Ni. Quid ubi ci ostendit *sumbulum*?

Ch.

Infir dicere

Adulterinum, non verum esse *sumbulum*. —.

Wie der Siegelring, konnte auch ein anderes Erkennungszeichen laut Vereinbarung zur Erhebung deponirter oder creditirter Gelder legitimiren.

Ein solches *σύμβολον* ist vielleicht (?) die goldene Schaaale des Grosskönigs bei Lysias *ὑπὲρ Ἀριστοφάνους χρημάτων* 19, 25 (p. 154)¹⁾. Auf diese Schaaale will nämlich deren Empfänger Demos von Aristophanes Geld leihen, weil der Nehmer der Schaaale auf diese, neben sonstigen Vortheilen, auch Geld genug auf dem ganzen Festland erhalten werde²⁾, doch lässt sich A. auf das Geschäft nicht ein.

9.

Unter den siebenbürgischen Darlehensurkunden befindet sich ein offenbar nach hellenischer Sitte formulirtes *chirographum*³⁾ vom Jahre 162 n. Chr. (Bruns-Mommsen, *fontes*⁵ p. 267), Inhalts dessen Alexander Cari(cci) bekennt, von Ju-

¹⁾ S. über die vielerörterte Stelle Hermann-Blümner, Griech. Privatalterthümer S. 454 Not. 2. Dass hier nicht von einem „Wechsel“ die Rede sein kann, leuchtet ein. — ²⁾ ὅτι ἔλαβε σύμβολον παρὰ βασιλέως τοῦ μεγάλου ψιάλην χρυσῆν — πολλῶν γὰρ ἀγαθῶν καὶ ἄλλων καὶ χρημάτων εὐπορήσιν διὰ τὸ σύμβολον ἐν πάσῃ τῇ ἡπείρᾳ. — ³⁾ S. auch Huschke, Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehn (1882) S. 97.

lius Alexander 60 Denare empfangen zu haben und deren Rückzahlung nach Kündigung verspricht. Desgleichen verspricht er stipulationsweise vom Tage der Ausstellung ab monatlich 1% Zinsen:

dari Iulio Alexandro e. a. q. e. r. p.

d. h. eive ad quem ea res pertinebit¹⁾.

Die Unbestimmtheit dieser Clausel lässt die Möglichkeit zu, an eine Order- oder gar eine Inhaber-Clausel zu denken. Die Clausel „is ad quem ea res pertinet“ begegnet vielfach und in sehr verschiedener Bedeutung. Die Legalerklärung in l. 70 D. de V. S. (50, 16):

Verba haec „is ad quem ea res pertinet“ sic intelliguntur, ut qui in universum dominium vel iure civili vel iure praetorio succedit, contineatur²⁾

trifft nicht immer zu. Der Satz des Paulus in l. 126 § 2 D. de V. O. (45, 11):

plerumque enim in stipulationibus uerba, ex quibus obligatio oritur, inspicienda sunt: raro inesse tempus vel condicionem ex eo, quod agi apparebit, intellegendum est: nunquam personam, nisi expressa sit

gilt so allgemein nur für die römische Conventionalstipulation. Schon die cautio de rato mit der Clausel „— heredemve eius eumve ad quem ea res pertinebit“, bzw. mit der weiteren Clausel „si ille in integrum restitutus fuerit heresue eius aut is ad quem ea res, qua de agitur, pertinebit“³⁾ wird freier behandelt: l. 3 pr. l. 22. § 7. D. rat. rem. hab. (46, 8), vgl. auch l. 33 § 3 mit l. 39 § 1. 2. D. de proc. (3, 3). Desgleichen die Edictsclausel „ei ad quem ea res pertinet“ in l. 9 pr. § 3 D. de bon. auct. iud. (42, 5); die Satisfactionsclausel des arrogator „ad quos ea res pertinet“ in l. 19 D. de adopt. (1, 7); die Edictsclausel für das ius iurandum „neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet“ in l. 7. 8. D. de iureiur. (12, 2);

¹⁾ Die Clausel fehlt in der sonst ähnlichen Urkunde l. 135 pr. § 1 D. de V. O. (45, 1), findet sich dagegen in l. 46 D. (lecta) D. d. R. C. (12, 1) von Paulus: Publio Maevio eive ad quem ea res pertinebit. —

²⁾ Vgl. l. 53 § 1 D. de O. et A. (44, 7). l. 1 § 1. l. 19 § 5. l. 31 § 21 D. de aed. ed. (21, 1), auch (?) l. 3 § ult. D. de contr. tut. (27, 4). —

³⁾ Lenel, edictum S. 423.

die (interpolirte?) ¹⁾ Clausel eius ad quem ea res pertinet im interdictum quod legatorum: l. 1 § 11. 14. 15, vgl. l. 1 § 3. 10 „ceteros successores“ § 13: „sive per universitatem sive in rem sit successum“ D. quod leg. (43, 3).

Immerhin lässt sich aus dieser Clausel kein sicheres Ergebniss gewinnen und die allgemeinen Principien des römischen Obligationenrechts stehen der Erstreckung der Verbindlichkeit gegen nichtgenannte Dritte entgegen. Aber wie durch diese Principien sicher nicht die Statthaftigkeit der unvollkommenen Order- und Inhaber-Clausel ausgeschlossen wird, so zeigt das in den Rechtsquellen freilich nicht behandelte, aber im Verkehrsleben häufige Institut der Auslobung, dass nicht schlechthin an der Unbestimmtheit des Gläubigers Anstoss genommen wurde. Denn überall wird die Belohnung dem (unbestimmten) Finder u. dgl. zugesagt: „si quis eum reddere aut com monstrare voluerit, accipiet n. M.“, „dixit daturum se denar. M ei qui ad se servum perduxisset“ bis herab zu dem berühmten Hundehalsband „cum revocaveris me domino meo Zonino, accipis solidum“ ²⁾).

Ist so das Schweigen der Rechtsquellen, bei deren arger Lückenhaftigkeit und Verstümmelung, kein entscheidender Beweis gegen das Vorkommen der für den hellenistischen Quellenkreis sicheren Zusagen an Order oder an Inhaber, so ist doch andererseits möglich, dass, wie aus leicht begreiflichen Gründen die Executivclausel in Wegfall kam, so auch die hellenistischen Ansätze zu Schuldurkunden auf Inhaber und an Order mit der vollen Ausbildung der Cession und Delegation, welche das praktische Bedürfniss sicher befriedigt haben, verkümmert sind. Um so eher, als Cession wie Einkassirungsvollmacht in dem überwiegend urkundlichen Rechtsverkehr der späteren Zeit sich durch formlose Hingabe der Schuldurkunde ³⁾ vollziehen konnten, die Delegation aber, wie sich sogleich zeigen wird, indirecte Zuweisungen in umfassendem Maasse ermöglichte.

¹⁾ Lenel, edictum S. 362, Lenel, Palingenesia II col. 801. 802. —

²⁾ Tzschirner, de indole promiss. popul. (Berol. 1869) p. 25 ff. auch Bruns-Mommsen, fontes⁵ p. 273. 274. — ³⁾ l. 44 § 5 D. de leg. I (30). l. 59 D de leg. III (32) u. a. m. Meine Schrift: Studien zum Besitzrecht (Festgabe für R. v. Gneist. 1888 S. 70).

10.

Unbedenklich nämlich in Gebrauch ist die Orderanweisung. Denn das Mandat (iussus, delegatio¹⁾), mittelst dessen sowohl die Creditanweisung wie die Zahlungsanweisung bewirkt wurde, ist eine überaus freie, ganz den Interessen des grossen Verkehrs gemäss ausgebildete Rechtsform.

Der sichere Beweis dafür liegt in einer sehr wichtigen, zwar viel besprochenen, aber, so viel ich sehe, nur von Gide richtig interpretirten, in ihrem Zusammenhang mit der hier interessirenden Lehre nirgends gewürdigten Pandektenstelle, der l. 11 D. de novat. et deleg. (46, 2). Es ist sehr auffallend, dass sogar Thöl, welcher bei seiner durchaus romanistischen Auffassung der Orderclausel ausreichenden Anlass gehabt hätte, unsere Stelle der näheren Prüfung zu unterziehen, auf dieselbe zwar eingeht (Handelsrecht I.⁶ § 333 not. 4 und dazu den Text), aber den entscheidenden Punkt ignorirt.

Ulpianus libro 27 ad Ed.

Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui iusserit. Fit autem delegatio vel per stipulationem vel per litiscontestationem.

Basil. XXVI 4, 11: *Ὁ χρεώστης εἰς τόπον αὐτοῦ δίδωσιν ὑπεύθυνον τῷ δανειστῇ ἢ ὥτινι ἐπιτρέψει, ἢ διὰ ἐπερωτήσεως ἢ διὰ προκατάρξεως.*

Dass in dieser Legaldefinition für die classische Zeit das wichtige, „vel per expensilationem“ fehlt²⁾, desgleichen, dass dieselbe insofern zu enge ist, als die Delegation keineswegs nothwendig ein Schuldverhältniss zwischen Delegant und Delegatar voraussetzt³⁾, hat man schon wiederholt mit Recht hervorgehoben.

Desgleichen ist ungenau der Satz „fit autem delegatio u. s. f.“, da durch stipulatio oder litiscontestatio nicht die Anweisung „geschieht“ (fit), sondern vollzogen wird. Es wird, was allerdings auch sonst begegnet, der Ausdruck delegatio auf das ganze, aus Anweisung und Vollziehung der Anweisung

¹⁾ Ueber iussus und mandatum s. insbes. Brinz, Pandekten II² S. 375 Not. 31 S. 222. — ²⁾ v. Salpius, Novation und Delegation S. 78 ff. Gradenwitz, in dieser Zeitschrift N. F. VII S. 297. 298. — ³⁾ Thöl, Handelsrecht I.⁶ § 333 not. 4. Brinz, Pandecten II² S. 379 not. 43.

(durch promittere) zusammengesetzte Rechtsgeschäft bezogen ¹⁾).

„Delegare aliquem“ heisst, jemand zu einer Leistung anweisen, synonym mit mandare, iubere, nur specialisirt durch die nothwendige Beziehung auf den Leistungsdestinatär (alicui, d. h. creditori sive alio cuilibet) ²⁾).

Die Anweisung kann mündlich oder schriftlich erfolgen. l. 17 D. h. t. (46, 2): delegare scriptura — debitorem suum quis potest ³⁾).

Hat nun — um bei den Voraussetzungen der l. 11 stehen zu bleiben — Maevius von Titius 1000 zu fordern, so geschieht die Creditanweisung (iussus oder mandatum promittendi) und analog die Zahlungsanweisung (iussus oder mandatum solvendi) dadurch, dass Titius den Sempronius mündlich oder schriftlich ersucht (anweist), er möge die 1000 dem „Maevius vel cui iusserit“ zu zahlen versprechen“ (zahlen) — oder so, dass Titius den Maevius ersucht (anweist), er möge „sich vel cui iusserit“ die 1000 von Sempronius versprechen (zahlen) lassen. Die schriftliche Anweisung in der üblichen Briefform (epistola) ⁴⁾ enthält also die Orderclausel:

Maevio vel cui iusserit (sc. Maevius) promitti (dari),
etwa in der Form:

Titius Sempronio salutem.

Peto et mando tibi (quaeso etc.), ut M (quae
Maevio debeo) Maevio vel cui iusserit (Maevius) dari
promittas (des),

ganz wie in der Amorginischen Schuldurkunde a (oben S. 369) die Gemeinde Arkesine zu zahlen verspricht: *Πραξικληῖ ἡ ὧι ἀγ καλεῖται Πραξικληῖς*.

¹⁾ Richtiger Seneca de benef. VI 5 § 2: delegatione et verbis perficitur solutio. S. auch Brinz a. a. O. S. 375. — ²⁾ S. auch Gradenwitz a. a. O. und Wölfflin eod. IX, S. 8 ff. — ³⁾ S. auch Mühlbruch, Cession ³ § 4 not. 64. Keller, Litiscontestatio und Urtheil S. 90 not. 5. 6. — ⁴⁾ Beläge bei Gneist, Formelle Verträge S. 336—338; die Definition, dass epistola ein „Schuldschein“ in der Form eines Briefes sei, ist freilich viel zu enge. So enthalten z. B., wie Gneist selbst hervorhebt, l. 59 § 5 und l. 62 § 1 D. mand. (17, 1) ein Creditmandat, l. 60 § 4 eod. eine Vollmacht in Briefform. S. auch Bruns, Unterschriften S. 111 ff. (Kleinere Schriften II, S. 97 ff.).

Selbstverständlich ist durch die bloße Anweisung die Zuwendung der 1000 an Maeuius noch nicht vollzogen, daher Titius (Delegant, Assignant) von seiner (etwaigen) Schuld gegen Maeuius (Delegatar, Assignatar) noch nicht liberirt. Diese Rechtswirkung tritt aber ein, sobald Maeuius oder dessen Order (Delegatar, weiterer Assignatar, Indossatar, etwa Seius):

- a) von Sempronius (Delegaten, Assignaten) *periculo suo*¹⁾ die 1000 stipulirt, oder
- b) mit Sempronius deswegen *litem contestirt*, oder
- c) von Sempronius die 1000 (direct oder indirect) gezahlt empfängt.

Wenn Seius, die Order des Maeuius, stipulirt, so würde dies in der Form geschehen:

Seius: M quae Titius Maeuio debet, dare mihi spondes? (mihi dabis etc.)

Sempronius: Spondeo (dabo etc.).

Im Falle c ist die beabsichtigte Zuwendung definitiv realisirt. In den Fällen a und b ist Sempronius dem Maeuius (oder dessen Order Seius) unmittelbar obligirt, wie ein Wechselacceptant, und kann daher principiell gegen Maeuius (Seius) nicht aus den Valuta- oder Deckungsverhältnissen excipiren:

quia in privatis contractibus et pactionibus non facile scire petitor (Maeuius bzw. Seius) potest, quid inter eum qui delegatus est (Sempronius) et debitorem (Titium) actum est, aut etiamsi sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur: et ideo merito denegandum est adversus eum exceptionem ex persona debitoris²⁾.

Durch Realisirung der Anweisung wird eine doppelte Vermögenszuwendung bewirkt, des Deleganten an den Delegatar und des Deleganten an den Deleganten: l. 180 D. de R. J. (50, 17). l. 56. 64 D. de solut. (46, 3). l. 13 § 12 D. de don. int. vir. et ux. (24, 1). l. 2 § 2 D. de donat. (39, 5) u. a. m.³⁾.

¹⁾ S. unten S. 394. — ²⁾ l. 19 D. de novat. (46, 2). Thöl, Handelsrecht I^o S. 336. Schlesinger, Die Unanfechtbarkeit der Delegationsstipulation S. 8 ff. v. Salpius a. a. O. S. 119 ff. Brinz II² S. 380 ff. Windscheid, Pandekten II^o § 355 not. 6 ff. — ³⁾ v. Salpius

Durch Hinzufügung der Orderclausel erhöht sich die Zahl der Vermögenszuwendungen, indem nun der Delegatar (Mae-vius) seiner Order (dem weiteren Delegatar, Seius) eine Leistung zuwendet; es ist möglich, dass die Order (Seius) einen weiteren Leistungsempfänger bezeichnet u. s. f.

Das Quellenmaterial ist zwar nicht überall vollkommen deutlich, aber doch ausreichend:

l. 9 D. de cond. c. d. (12, 4): Jemand will einer Frau schenken und verspricht auf deren Weisung (iussu eius) an deren Bräutigam.

l. 36 D. de iure dot. (23, 3): Der Schuldner einer Ehefrau verspricht iussu eius dem Ehemann derselben.

l. 5 § 3 D. de donat. int. vir. et ux. (24, 1): si debitor viri iussu mariti uxori promiserit. Vgl. l. 2 § 1—4 D. de donat. (39, 5). l. 7 pr. § 1 D. de doli m. exc. (44, 4). l. 33 D. de novat. (46, 2). l. 64. 66. 108 D. de solut. (46, 3).

Näher Gaius l. 31 § 3 D. de m. c. donat (39, 5):

Si iusseris — mortis causa (mihi daturus?) debitorem tuum mihi aut creditori meo expromittere decem —. Wie nun, wenn der debitor zahlungsunfähig ist? Habe ich stipulirt, so bin ich bezahlt, soweit der Schuldner zahlungsfähig war; hat mein Gläubiger (meine Order) stipulirt, so: tantam pecuniam videri me accepisse, in quantum a creditore meo liberatus sum.

Iulian. l. 18 § 1 D. eod.:

Si donaturus mihi mortis causa debitorem tuum creditori meo delegaueris, omnino capere videor tantam pecuniam, quanta a creditore meo liberatus fuero. quod si ab eodem ego stipulatus fuero, eatenus capere existimandus ero, quatenus debitor soluendo fuerit —.

Marcian l. 49 D. de solut. (46, 3):

— sed si iussu eius (creditoris) alii soluatur vel creditori eius vel futuro debitori vel etiam ei cui donaturus erat —

Papinian l. 96 pr. D. eod.:

Pupilli debitor tutore delegante pecuniam credi-

a. a. O. S. 43 ff. Lotmar, Causa S. 99 ff., 115 ff. Windscheid II, § 353 not. 9, § 412.

tori tutoris soluit: liberatio contingit, si non malo consilio cum tutore habito hoc factum esse probetur.

Julian (Ulpian) l. 9 § 8 D. de R. C. (12, 1):

— cum cottidie credituri pecuniam mutuam ab alio (z. B. dem Bankier) poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro —

vgl. l. 15. 30 eod. l. 34 D. mand. (17, 1). l. 19 § 5 D. ad S. C. Vellej. (16, 1).

Zwei gleichzeitige Deleganten (pater et filius): ei promittendum fuit, cui uterque iusserit. l. 2 § 1 D. sol. matr. (24, 3). —

In der Regel wird von den Interpreten auf die Clausel „vel cui iusserit“ in l. 11 D. de novat. nicht näher eingegangen oder dieselbe wird gründlich missverstanden. Thöl I^o § 333 übersetzt die Clausel „vel cui iusserit“ dahin: dass der Delegant demjenigen, der sein Gläubiger ist, „oder werden soll“, statt seiner einen neuen Schuldner stellt. Ob mit den hervorgehobenen Worten die Order (der weitere Delegatar) bezeichnet werden soll, ist nicht ersichtlich.

v. Salpius S. 87 vertheidigt die in unserer Stelle gegebene Definition der delegatio und bemerkt sodann: Die Worte „vel cui iusserit“ werden gewöhnlich (?) bezogen auf den complicirten Fall einer gleichzeitig ausgeführten doppelten Delegation, von dem Deleganten an den creditor, von diesem an einen Dritten, so dass ergänzt wird, cui „creditor“ iusserit, nämlich reum dari. Eine viel näher liegende Beziehung gewinnen die Worte aber, wenn man ergänzt cui (non creditori) delegans iusserit promitti. Der Fall wird so gedacht, dass der Delegatar nicht Gläubiger des Deleganten ist, der Delegant also fremden Credit statt seines eigenen giebt. — Diese Auslegung findet sich auch bei Aelteren, insbesondere Duaren. Sie ist aber unmöglich. Denn in unserer Stelle ist der Delegant stets Schuldner des Delegatars, nur darf der Delegatar sich einen anderen (weiteren) Delegatar substituiren. Natürlich erfolgt nicht gleichzeitige Doppeldelegation, noch weniger Ausführung zweier Delegationen. Vielmehr hat der Delegant (Titius) es in das Belieben des Delegatars (Maevius) gestellt, ob derselbe vom Delegaten (Sempronius) die Zahlung der 1000 sich (Maevio) oder einem andern statt seiner (einem belie-

bigen, etwa dem Seius oder dem Publius oder wem er sonst will) versprechen lassen will; vollzogen (ausgeführt) wird die Delegation (das angenommene *mandatum promittendi*) dadurch, dass Sempronius Zahlung verspricht, dem Maevius oder, falls dieser es verlangt, einem andern (dem Seius oder Publius oder —).

Salkowski, *Novation* S. 121, not. 44, ergänzt richtig creditor, meint aber, A (Titius) weise den B (Sempronius) an, dem C (Maevius) zu promittiren, was D (Seius), Gläubiger des A, dem C schuldet. Eine solche Anweisung ist zwar möglich, aber in unserer Stelle nicht enthalten. Es ist nicht nothwendig, dass dem C promittirt wird, sondern es kann auf Verlangen des C direct dem D promittirt werden, und es ist nicht nothwendig, dass D Schuldner des C, noch dass D Gläubiger des A ist. Von alledem enthält unsere Stelle nichts.

Ganz wunderlich übersetzt unsere Stelle C. Danz, *Die Forderungsüberweisung* — mit anscheinender Zustimmung Dernburg's, *Pandekten*² II § 59 not. 7: „Eine Delegation liegt vor, wenn ein Schuldner an seiner Stelle seinen Gläubigern einen andern Schuldner giebt oder wenn ein Gläubiger an seiner Statt seinem Schuldner einen anderen Gläubiger giebt.“ Das *vel cui iusserit* heisse so viel wie „*vel debitori*“ und es sei zu lesen: *vel (reum dare ei debitori) quem (delegans) iusserit*. Mir scheint hier Missverständniss auf Missverständniss gehäuft und durch willkührliche Hineintragung des zweiten Falles der Delegation (Delegation seitens des Gläubigers) der Sinn der Stelle völlig verdunkelt.

Das Richtige meint vielleicht Gradenwitz a. a. O. S. 298 „Man kann nicht bloss dem Gläubiger einen Mann stellen, sondern ebenso einen Vierten, an den der Gläubiger den Mann weist“ — aber es scheint doch das Missverständniss unterzulaufen, dass von vornherein die Person des „Vierten“ bestimmt sein müsse, womit die so werthvolle Orderclausel nahezu allen praktischen Werth für den Delegatar einbüßen würde.

Auf Gide, *études sur la novation* (Paris 1879), komme ich sogleich zurück.

11.

Die vorstehenden Ausführungen dürften ergeben haben, dass das hellenische Recht, sicher das spätere, die Schuldverschreibung an Order oder an Inhaber, wenigstens mit alternativer Order- oder Inhaber-Clausel kannte.

Aus Plautus erbellt, dass im zweiten Jahrhundert vor unserer Zeitrechnung, anscheinend auch im römischen Geschäftsleben, die briefliche Anweisung mit der einfachen Inhaberclausel vorkam, aber anscheinend nur als unvollkommenes Inhaberpapier.

Für die Schuldverschreibung mit Inhaber- oder Orderclausel findet sich in römischen Quellen kein sicherer Anhalt; ganz sicher dagegen ist die (mündliche oder schriftliche) Anweisung mit der Orderclausel.

Es ist ferner nicht abzusehen, warum nicht die „Order“ (Seius) weitere „Order“ ertheilen könnte, sowohl zum Zahlen wie zum Promittiren, es ist also eine Kette von Ueberweisungen denkbar, wie mittelst des heutigen (indossirten) Orderwechsels und im heutigen wie mittelalterlichen Scontroverband. Dies bemerkt auch zutreffend Gide a. a. O. p. 439 ff., indem er l. 11 de novat. richtig von der successiven Delegation versteht und die Bedeutung der Delegation für den römischen Creditverkehr richtig würdigt. Um so auffallender ist dann freilich, dass Gide, nach Schilderung der heutigen Orderclausel p. 437, 438 bemerkt: „une clause bien simple en apparence, mais que tout le génie des jurisconsultes romains n'avait pas su inventer“!

Es versteht sich von selbst, dass die complicirten Creditoperationen, im Alterthum vielleicht noch mehr als in der Gegenwart, sich vorzugsweise mittels des hoch ausgebildeten Bankwesens vollzogen. Der Ueberweisungsverkehr wird sich vorzugsweise gegenüber oder gar zwischen Bankiers bewegt haben. Jeder anständige, nicht völlig unbemittelte Grieche und Römer hatte so gut seinen Bankier wie der heutige Engländer; durch ihn zahlte er und cassirte er ein, ihm überwies er seine ausstehenden Forderungen und Schulden u. s. f.¹⁾

¹⁾ Was M. Voigt, Ueber die Bankiers, die Buchführung und die Litteralobligation der Römer (1887) S. 13—15 das „Ordergeschäft“ nennt, ohne die Orderclausel zu erwähnen.

In den Händen bzw. Büchern der Bankiers concentrirte sich so die Masse der ausstehenden Geschäftsforderungen und da sie selbstverständlich unter einander in fortlaufenden Geschäftsbeziehungen standen, so müssen sie auch ihre Conten durch regelmässige Abrechnungen ausgeglichen haben.

Ist so der Delegatar (Maeuius) Bankier, so lässt er selbstverständlich das Zahlungsversprechen bzw. die Zahlung durch den Delegaten (Sempronius) an denjenigen leisten, welchem er eine Zahlung zuweisen will: an einen Kunden, welchem er zahlen, creditiren will, an den Bankier dieses Kunden u. s. f. Das Zahlungsversprechen bzw. die Zahlung wird natürlich nur einmal geleistet; dass etwa der Delegat (Sempronius) „an Order“ promittirt, ist nach Obigem wenig wahrscheinlich.

Setzen wir an Stelle der promissio (Stipulation bzw. Stipulationsurkunde: cautio) nach classischem Recht die expensilatio, so wird der Delegatar (Maeuius), welcher mit dem Delegaten (Sempronius) in Geschäftsverbindung steht, die 1000 entweder sich oder seiner Order (Seius — vielleicht der weiteren Order des Seius) transscribiren lassen: a persona in personam, und es können auf weitere Order des nunmehrigen Buchgläubigers (Seius etc.) weitere Uebertragungen in den Bankbüchern erfolgen: Gaius III, 130.

Durch die promissio an oder die transcriptio auf (Maeuius bzw.) Seius wird Sempronius diesem obligirt: verbis oder literis. Wird der Delegant (Titius) dadurch gegenüber dem Delegatar Maeuius (falls er dessen Schuldner ist), bzw. wird der Delegatar (Maeuius) dadurch gegen seine Order Seius (falls er dessen Schuldner ist) liberirt? Entscheidend ist, ob Maeuius bzw. Seius suo periculo¹⁾ die Zusage (promissio, transcriptio) des Sempronius entgegennimmt, oder ob dies nicht der Fall ist.

Paulus. l. 26 § 2 D. mand. (17, 1):

¹⁾ Ob das „suo periculo“ im Zweifel subintelligirt wurde, insofern also die promissio des Delegaten als Baarleistung des Deleganten galt, ist freilich zweifelhaft, und es dürfte diese reine Auslegungsfrage von den classischen Juristen selbst verschieden beantwortet worden sein — im Bankverkehr wahrscheinlich bejahend. Ueber die Streitfrage s. Windscheid, Pandekten II* § 412 not. 17, § 500 not. 9 und Cit.

quia bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum.

vgl. Paulus. l. 22 § 2 eod.:

cum debitor meus periculo suo debitorem suum mihi delegat.

Vollzieht sich die promissio bzw. transscriptio auf Gefahr des Delegatars, so besteht die Möglichkeit der Scontration, welche bekanntlich seit den mittelalterlichen Wechseln in immer steigendem Maasse zur Ausgleichung der Schulden des grossen Geschäftsverkehrs dient. Denn ihr einfacher Grundgedanke ist, dass unter den Mitgliedern des Scontroverbandes — und in einem solchen können sehr wohl römische wie griechische Bankiers gestanden haben, man denke nur an deren Organisation in Constantinopel noch zur Zeit Justinians: Nov. 136. Ed. Justin. VII. IX. — jedes gleich gut ist, sich daher die Ueberweisung jedes anderen Mitgliedes dieses Verbandes als Schuldner gefallen lassen muss¹⁾. —

Endlich ist zu erwägen, dass zwar ein formlos statthaftes constitutum zur Vollziehung der Delegation nicht genügte²⁾, dass aber im späteren römischen Recht die promissio (das Stipulationsversprechen) überwiegend urkundlich mit beigefügter Stipulationsclausel geschah und dass sogar der Gegenbeweis unterlassener Stipulation gegen die Stipulationsurkunde (cautio) beschränkt, schliesslich nahezu ausgeschlossen wurde³⁾. In dem so überwiegend schriftlichen Geschäftsverkehr schon der classischen Zeit musste die Orderclausel der Anweisung eine wichtige Rolle spielen.

Ob all dies sich im Bankverkehr nicht noch einfacher vermittelt des receptum argentarii gestaltet hat, lässt sich bei der Lückenhaftigkeit unserer Ueberlieferung nicht feststellen. Dass dieses schneidige Institut nicht mehr zu dem leitenden Gedanken des byzantinischen Wirtschaftslebens passte, ist freilich zuzugeben, und Justinian motivirt denn auch dessen Abschaffung, l. 2 C. de const. pec. (5, 31), in ähn-

¹⁾ Mein System des Handelsrechts im Grundriss² (1889) S. 178. — ²⁾ S. auch Lenel, Palingenesia iuris civilis II col. 579 not. 5. — ³⁾ l. 14 C. de contr. stip. (8, 37). Gneist a. a. O. S. 243 ff. Vgl. Brunner, Zur Rechtsgeschichte der Urkunde S. 54. 60 ff. und Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte I S. 779 ff. 800 ff. 995 ff. 1101.

licher Weise, wie das heutige Wechselinstitut von manchen wenig verständigeren Gegnern bekämpft wird.

Höchst fragmentarisch ist unser Wissen von dem grossen Geschäftsverkehr der classischen Zeit und nur mühsam vermögen wir aus zufälligen Ueberlieferungen, sowie aus den durch die Compileren arg verstümmelten Juristenschriften, welche ohnehin durch ihre abstracte Fassung die thatsächliche Unterlage der Geschäftsverhältnisse nur zu häufig verdecken, ein sicheres Bild von dem Verkehrsrecht dieser Blüthezeit zu gewinnen. Nicht einmal so viel ist zu ersehen, ob das spätgriechische Recht mit seinen die Inhaber- bzw. Orderclausel enthaltenden Schuldurkunden, etwa auch mit der Executivclausel¹⁾, mindestens im hellenistischen Osten noch in späterer Zeit als Bestandtheil eines vorwiegend auf altem Handelsgebrauch beruhenden „Vulgarrechts“ Geltung bewahrt, vielleicht gar weitere Verbreitung gefunden hat. —

Dem antiken Wechselbrief, dessen Spuren noch mehr verdunkelt sind, muss, wie schon im Eingange bemerkt ist, eine besondere Untersuchung zu Theil werden.

¹⁾ Dass solche vorkam, zeigt das pactum de ingredienda possessione: l. 3 C. de pign. (8, 14) von Severus und Antoninus. S. über die Stelle Dernburg, Pfandrecht II S. 327 und Wach, Arrestprocess I S. 57 ff.

Litteratur.

P. F. Girard, les actions noxales. Paris 1888. 69 pp. (Extrait de la nouvelle revue historique de droit français et étranger.)

Hauptzweck des Verfassers ist, Grund und Ursprung (le fondement) der römischen Noxalklagen aufzuklären. Unmittelbar ist diesem Zwecke freilich nur das zweite, kürzere Kapitel gewidmet, während das erste, um für jenes den Grund zu legen, eine allgemeine Uebersicht über das Recht der Noxalklagen, ihre Wirksamkeit (le fonctionnement) bietet. Hier bespricht der Verfasser zunächst les sources des actions noxales und versteht darunter in erster Linie die Handlungen, aus welchen sie hervorgehen: Delicte der Menschen und — im Bewusstsein des Uneigentlichen dieser Wendung — der Thiere, in zweiter die Rechtsquellen, durch welche jene Handlungen mit solcher Wirkung ausgestattet sind: XII Tafeln, lex Aquilia, andere leges, prätorisches Edict. (I). Sodann werden die conditions d'existence der Noxalklagen betrachtet, d. h. diejenigen Nebenumstände, welche ausser der rechtsverletzenden Handlung vorliegen müssen, damit diese zu einer actio noxalis führt. G. formulirt diese Bedingungen dahin. Der Verletzte darf den Thäter bis zur Litiscontestatio nicht in seiner potestas gehabt haben, sonst findet keine actio statt, der Thäter darf zur Zeit der Litiscontestatio nicht sui iuris sein, sonst ist die a^o nicht noxal, endlich muss zur Zeit der Litiscontestatio ein dritter den Thäter in seiner potestas haben, sonst kommt es statt zur a^o noxalis zur ductio. Potestas im Sinne dieser Sätze ist die rechtliche potestas (auch manus und mancipium) verbunden mit der thatsächlichen Verfügungsgewalt (II). Endlich erörtert G. den Gegenstand (l'objet) der Noxalklagen. Juristisch ist die Obligation eine alternative, sowohl nach der Fassung der Gesetze und der Formula — alternative Intentio —, wie den Aussprüchen der Juristen, deren bald die noxae deditio, bald die litis aestimatio als Obligationsgegenstand betonende Aeusserungen man so zusammenfassen muss. Genauer betrachtet, treten alle drei denkbaren Constructionen der a^o noxalis im Laufe ihrer Durchführung zu Tage. Vor der Litiscontestatio hat sie praktisch die Wirkungen einer Obligation, bei welcher lediglich die noxae deditio in obligatione, die Geldleistung in solutione ist; denn

durch Unmöglichkeit der *deditio* wird die Verpflichtung aufgehoben. Von der *Litiscontestatio* an ist die Obligation alternativ, weil der Verpflichtete das eine oder das andere leisten kann, aber durch die Unmöglichkeit der *noxae deditio* nicht befreit wird. Nach dem Urtheil endlich ist nur die Urtheilssumme Obligationsgegenstand, die *noxae deditio* bietet nur dem Verurtheilten bis zur Anstellung der *aº iudicati* eine Möglichkeit, sich zu befreien (III).

Im zweiten Kapitel wird die ältere Theorie, dass der Gewalthaber auf Grund eigenen Verschuldens hafte, ebenso wie die, dass er das schuldige Individuum wegen seiner Processunfähigkeit zu vertreten habe, zurückgewiesen (S. 42 ff.). Hierauf erfährt die von Dirksen und Ihering begründete Auffassung, welche die Noxalklagen auf die Privatrache zurückführt, in der *noxae deditio* ältester Zeit die Auslieferung des schuldigen Hauptes durch den Gewalthaber an den Verletzten zum Zwecke des Vollzuges der Rache erblickt, Billigung und, da sie in Frankreich oft missverstanden sei, nähere Darlegung (S. 47 ff.). Den Schluss bildet eine rechtsvergleichende Uebersicht mit dem Ergebniss, dass sich das System der Noxalklagen in seinen Grundzügen überall wiederfinde, wo man den Rachestandpunkt im Recht noch nicht ganz überwunden habe, nicht bloss in den dem römischen verwandten, griechischen und germanischen Rechten, sondern auch — zum Beweise, dass es sich um eine von einer gewissen Entwicklungsstufe untrennbare sociale Erscheinung handle — bei africanischen Völkerschaften. Dort habe man sogar eine den römischen Juristen congeniale Erfindung gemacht, indem man die wirkliche oder in mehr oder weniger verblasster Form symbolisirte Begehung eines Delicts gegen denjenigen, den der Sklave zum Herrn zu haben wünscht, als berechtigtes Mittel, den Eigenthümer zu wechseln, anerkenne (S. 62 ff.).

Dies in kurzen Zügen der Gedankengang der Arbeit. Ohne den raschen Fortschritt derselben zu stören, hat G. verstanden, namentlich in reichhaltigen Anmerkungen, eine Fülle von Detailfragen zur Erörterung zu bringen. Er arbeitet mit gediegener Kenntniss der Quellen und der Litteratur, insbesondere der deutschen, welche die meisten Bausteine geliefert hat, doch ohne dass der Verfasser sich die Selbstständigkeit der Nachprüfung rauben liesse. Die Darstellung ist lichtvoll und elegant. Zu Einzelheiten gestatten wir uns folgende Bemerkungen.

Mit Recht wird S. 8 f. ¹ ausgeführt, dass, wenn die *noxae deditio* bei Contractsklagen erwähnt werde, es sich um Contracte des Herrn, nicht des Gewaltuntergebenen handle. Wie nämlich überhaupt, wenn gleich nicht streitlos, anerkannt sei, dass ein Delict, begangen im Rahmen eines Contractsverhältnisses, Delicts- und Contractsklage neben einander begründe, so könne auch, wenn ein Sklave das Delict begangen habe, der Herr mit der Contractsklage in Anspruch genommen werden, vorbehaltlich der *noxae deditio*, wenn er nicht an dem Delict mitschuldig sei. Was aber G. von Schwankungen in der Auffassung der Classiker über diesen Punkt angiebt, ist nur zum geringeren Theil richtig. Ulpian soll in f. 11 pr. D. 19, 2 die *noxae deditio* ausschliessen, in f. 27 § 11 D. 9, 2

zulassen. Desgleichen sind nach G. en désaccord sur l'application de la noxalité à l'action de tel ou tel contrat Julian (f. 62 [61] § 5 D. 47, 2) mit Neratius (f. 26 § 7 D. 17, 1) in Bezug auf das Mandat, und mit sich selbst (f. 31 D. 13, 7) in Bezug auf das Depositum. Wir vermögen aber den angeführten Stellen nur völliges Einverständniss der Juristen darüber zu entnehmen, dass dem unschuldigen Herrn die noxae deditio freisteht, dem Mitschuldigen nicht. Nur über die Frage, wann Mitschuld anzunehmen ist, erweist sich Julian — denn er ist es allerdings, der bei African f. 62 cit. spricht, — gegen den Mandanten und DepONENTEN strenger als (Neratius und?) Paullus (f. 26 § 7 cit.) und strenger als er selbst in einem augenscheinlich ungenaueren kurzen Referat Africans (f. 31 cit.) erscheint.

Soviel die Passivlegitimation angeht, kann man für die classische Zeit sagen: grundsätzlich haftet der juristische Besitzer, gleichviel, ob er Eigenthümer ist oder nicht, und letzteren Falls, ob er in gutem oder bösem Glauben besitzt (f. 11 [Ulp.]. f. 13 [Gai.] D. 9, 4), aber nur, wenn sein Besitz von der Art ist, dass er die thatsächliche Möglichkeit der Auslieferung gewährt, was z. B. bei dem flüchtigen oder verreisten Sklaven nicht der Fall ist (f. 22 [Paull.]. f. 21 § 3 [Ulp.] eod.). Wenn aber G. (S. 19 ff.) dies so ausdrückt: die Haftung knüpfte sich an die potestas in einem Sinne, welcher ein juristisches Element, nämlich das Eigenthum, wiewohl in etwas verändertem Begriffe (*notion un peu altérée*), und zugleich die thatsächliche Gewalt umfasse, so acceptiren wir zwar gern, dass der juristische Besitz am Sklaven ein Rechtsverhältniss ist; allein, ihn ein „etwas verändertes“ Eigenthum, eine „etwas veränderte“ potestas dominica nennen, ist doch zuviel gesagt.

Uebrigens erheben sich hier mancherlei verwickelte Einzelfragen, die der Verfasser nur zum kleineren Theil behandelt. Eine genauere Kritik (S. 19 ff.²) erfährt dabei Lenels (Edict S. 124 ff. XIII) Auffassung über das Edict: *si is, in cuius potestate esse dicetur, negabit se in sua potestate servum habere cet.* (f. 21 § 2 D. 9, 4). Lenel nimmt an, dass die gewöhnliche interrogatio in iure bei Noxalklagen dahin ging, ob der Sklave Eigenthum des Beklagten sei: *an servus eius sit*, weil nach *ius civile* nur der Eigenthümer die Befugniss hatte, ihn ohne *satisfactio* zu defendiren, und dass, wenn der Beklagte diese Frage bejahte, aber sich darauf berief, dass er den Sklaven nicht in seiner thatsächlichen Gewalt habe, nach Wahl des Klägers entweder Eideszuschreibung über diesen Punkt in der im Edict näher vorgesehenen Weise oder Anordnung eines *iudicium* ohne noxae deditio erfolgte, in welchem der Kläger siegte, wenn er bewies, dass der Beklagte die thatsächliche Gewalt hatte, oder *dolos* aufgegeben hatte. Jene Erklärung des Beklagten über die thatsächliche Gewalt ist nach Lenel Bestreiten einer gegnerischen Behauptung, nicht Antwort auf eine (zweite) interrogatio in iure. Dies alles ist von Lenel sehr wahrscheinlich gemacht, und jedenfalls sind die Angriffe, welche G. dagegen richtet, u. E. verfehlt. G. will nur die interrogatio in iure anerkennen: *an servum in potestate habeat*, in dem Sinne: ob der Beklagte die rechtliche und thatsächliche Gewalt

habe; die Frage: an servus eius sit, von welcher die Quellen reden, sei nur ein anderer Ausdruck für dasselbe. Allein einerseits ist doch wohl zweifellos, dass die letztere Frage die thatsächliche Gewalt nicht mitbetreffen kann; andererseits ist das *negare se in sua potestate habere* des Edicts sicher eine Erklärung nur über diese. Das beweist zunächst Ulpians Definition in f. 21 cit. § 3: *'in potestate' sic accipere debemus, ut facultatem et potestatem exhibendi eius habeat*. Denn dieser Doppelausdruck bezeichnet nur die thatsächliche Gewalt und ist keineswegs, wie G. will, gewählt, um rechtliche und thatsächliche neben einander zu stellen. Auch f. 215 D. 50, 16 fügt sich der letzteren Auslegung nicht, sondern Paulus hebt dort gerade im Gegensatz zu der gewöhnlichen Bedeutung von *potestas*: *in persona servi dominium*, hervor, dass sie im Sinne unseres Edicts nur die thatsächliche Gewalt bezeichne: *at cum agimus de noxae deditione cum eo qui servum non defendit, praesentis corporis copiam facultatemque significamus*. Zu dem gleichen Ergebniss führen alle Erörterungen in f. 21 cit. sqq., welche lediglich über Vorhandensein oder Fehlen der thatsächlichen Gewalt als entscheidend für Existenz oder Nichtexistenz der *potestas* im Sinne des Edicts handeln. Paulus (f. 26 §§ 2. 4) und Gaius (f. 23) setzen das *in potestate habere* geradezu dem *possidere*, der *possessio* gleich; Ulpian (f. 21 § 5) verlangt den Eid: *in potestate domini non esse*, was denn doch nur als eidliches Leugnen der thatsächlichen Gewalt Sinn hat, ebenso wie es auf eine Erklärung des — unstreitigen — *dominus* über die thatsächliche Gewalt bezogen werden muss, wenn Paulus (f. 22 §§ 3. 4) sagt: *dominus qui servum in sua potestate esse confitetur* und: *si negavit dominus in sua potestate esse servum*. Auch f. 24 (Paul.) enthält nicht, was G. darin sucht. Denn wenn als solcher, qui dolo fecit quominus in potestate haberet, sowohl derjenige haftet, welcher seinen Sklaven auf die Flucht geschickt, wie derjenige, welcher ihn veräussert oder freigelassen hat, so folgt daraus nicht, dass *potestas* die rechtliche und thatsächliche Gewalt zugleich bezeichne, sondern umgekehrt, dass es lediglich auf die — mit Freilassung und Veräusserung verbunden zu denkende — Aufgabe der letzteren ankommt, gleichviel ob damit zugleich ein Verlust der rechtlichen *potestas* gegeben ist oder nicht. Endlich mit der *conséquence rigoureusement impossible à laquelle mènerait le système de M. Lenel*, ist es nicht so schlimm. Gemeint ist der Fall, dass der besitzende Nichteigenthümer die Frage: an servus eius sit, wahrheitsgemäss verneint. Werde nun *iudicium sine noxae deditione* gegeben (f. 1 § 15 D. 9, 1), so werde der Kläger abgewiesen, da er das Eigenthum des Beklagten nicht beweisen könne. Allerdings; aber der Kläger hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn er diesen verkehrten Weg betritt, auf den ihn Lenels Ansicht (vgl. S. 125) nicht drängt. Er muss in solchem Falle, je nach weiterer Beschaffenheit der Umstände, die Noxalformel oder die *ductio servi* zur Hand nehmen.

Misslungen ist u. E. auch der Versuch (S. 22 ff.), den Widerspruch Ulpians in f. 27 § 3 D. 9, 2 mit der sonstigen Ueberlieferung dahin zu erklären, dass gerade die *aº legis Aquiliae noxalis* ganz ausnahms-

weise gegen den Eigenthümer, nicht den Besitzer, und selbst gegen den Eigenthümer des flüchtigen Sklaven gegangen sei. Die *lex Aquilia* habe wahrscheinlich, so wird ausgeführt, um einen präzisen Ausdruck, '*excluant les complaisances d'interpréteur*' zu wählen, die *aº* gegen den Eigenthümer, herus in ihrer sonst bezeugten Sprache (f. 11 § 6 D. 9, 2), gegeben, und deshalb hätten die Interpreten die Auffassung, dass derjenige hafte, welcher die *potestas exhibendi* habe, auf das Delict der *lex Aquilia* nicht anwenden können, „pour lequel par un pur hasard de rédaction les verba legis leur opposaient une résistance insurmontable.“ Wir müssen freilich gestehen, dass wir eine ganz befriedigende Erklärung der befremdlichen Aeusserung Ulpian's, der noch dazu sich auf Julian und Marcellus beruft, nicht kennen; aber dass die römischen Juristen ohne jeden ersichtlichen sachlichen Grund die Noxalklage aus der *lex Aquilia* in einem wesentlichen Punkte ganz anders behandelt haben sollten als die übrigen, lediglich aus Respekt vor einer redactionellen Zufälligkeit, passt zu der Art, wie sie ihre Texte, insbesondere die *lex Aquilia* in Bezug auf den objektiven Thatbestand und — trotz des Wortes herus (f. 11 § 6 cit.) — in Bezug auf den Klageberechtigten behandelten, ganz und gar nicht.

Der Einfluss der *Litiscontestatio* ist im allgemeinen richtig gewürdigt (S. 27 ff.). Unrichtig aber sind die Fälle dargestellt, wo der Delinquent *statu liber* oder bedingt einem dritten vermacht ist, und die Bedingung nach der *Litiscontestatio* eintritt. G. meint, in diesen Fällen bleibe die *aº* gerade so bestehen, wie wenn der Beklagte den Sklaven nach der *Litiscontestatio* veräussert habe. Denn f. 14 § 1 D. 9, 4 (Ulp.), wonach der Beklagte absolvirt werde, empfangen sofort seine nähere Erklärung aus f. 15 eod. (Gai.), welches die *translatio iudicii* gegen den Freigelassenen vorschreibe, „et qui démontre par conséquent que l'action à transférer existe toujours“ (S. 27). Allerdings besteht sie noch; aber doch nicht mehr, wie bei freiwilliger Veräusserung, zu Lasten des bisherigen Beklagten. Das Eigenthümliche der in Rede stehenden Fälle liegt darin, dass der Grund zum Verlust der Gewalt des Beklagten bereits vor der *Litiscontestatio* gelegt ist, ebenso wie in dem von f. 14 § 1 cit. hinzugefügten dritten Falle, dass geklagt ist wegen eines Sklaven, dem fideicommissarisch die Freiheit vermacht, und der nach der *Litiscontestatio* freigelassen ist. Dies ist der Grund, warum hier der Beklagte absolvirt werden soll, allerdings nicht schlechthin, sondern *arbitrio iudicis*, z. B. nur gegen Zahlung dessen, was etwa der *statu liber* dem beklagten Erben zur Erfüllung der Bedingung — es sei denn aus dem *peculium* — gezahlt hat (f. 62 [61] § 9 D. 47, 2 [Jul. ap. Afric.]). Der Kläger braucht es aber zum Verlust seines Rechts durch solche Absolution nicht kommen zu lassen, sondern kann *translatio iudicii* gegen den Freigelassenen und zweifellos auch gegen den Legatar erwirken.

Für die von Lenel (Edict S. 154 ff.) nachgewiesene alternative *Intentio* der Noxalklagen, zunächst der *aº de pauperie*: aut *noxiam sarcire* aut *noxae dedere oportere*, glaubt G. (S. 38) einen neuen und

besseren Beleg in Händen zu haben in Gestalt der *lex Rubria c. 22*, welche die alternative *Confessio: obligatum se eius rei noxiae esse* in dem Sinne erwähne, dass der Beklagte bekenne, zur Zahlung der *Litisaestimation (rei)* oder zur *noxae deditio (noxiae)* verpflichtet zu sein. Allein *noxiae obligatum esse* heisst nicht dies, sondern: für dieses Delict oder diesen Delictsschaden haften, und zwar allerdings wohl mit besonderer Beziehung auf Noxalklagen; denn in Bezug auf Delicte Gewaltuntergebener und auf Thierschaden wird bekanntlich vorzugsweise *noxia* gebraucht. *Eius rei obligatum esse* heisst ganz unbestimmt: in dieser Sache, für diese Sache haften, und bezieht sich ebenfalls auf Delictsklagen, zu denen die *lex Rubria* schon vorher gelangt. Es handelt sich nicht um eine alternative *confessio* — wovon freilich auch Demelius in seiner von G. mit Recht zurückgewiesenen Erklärung (*Confessio* S. 150) ausgeht —, sondern um zwei verschiedene, wie denn die wortreiche *lex Rubria* in jenem Kapitel eine ganze Reihe verschiedenartiger Confessionen mit Alternativpartikeln aneinanderreihet. So wenig man namentlich berechtigt sein würde, die vorangehenden Worte: *dare facere praestare restituere oportere* als eine *Confessio* zu betrachten, welche das alles neben einander enthält, so wenig ist dies bei dem *eius rei noxiae obligatum esse* begründet.

In Bezug auf die Natur der Obligation hat G. zwar darin ganz Recht, dass weder das Schema der Alternativobligation mit Wahlrecht des Schuldners, noch dasjenige der Obligation mit s. g. *facultas alternativa* ohne Modification auf die Noxalklagen Anwendung findet. Aber der Versuch G.s (S. 41), die drei möglichen Auffassungen der Reihe nach zur Geltung zu bringen, ist nicht haltbar. Vor allem: die Obligation ist nicht juristisch alternativ, wenn sie es nicht schon vor dem Processe ist. Denn für die Bestimmung der juristischen Natur eines Rechtsverhältnisses kommt es zunächst auf den Zustand ausserhalb des Processes an. Das Wesen, welches es hier zeigt, ist entscheidend für seine Schicksale im Process. Wäre also bei der Noxalobligation vor dem Process nur die Deditio in obligatione, die Geldleistung in solutione, so könnte auch nur auf die Deditio geklagt werden. Läge eine reine Alternativobligation mit Wahlrecht des Schuldners vor, oder nähme auch nur, wie G. will, das Rechtsverhältniss nach der Litiscontestatio diese Natur an, so müsste der Richter für die Zwecke der Geldcondemnation das Deditionsobjekt schätzen, die Summe mit der der Delictschuld vergleichen und auf das mindere verurtheilen; denn anders kann sich im Formularprocess bei Alternativobligationen mit Wahlrecht des Schuldners die Sache nicht gestalten haben. Folgte endlich die Noxalobligation rein den Grundsätzen der Obligation mit *facultas alternativa* in dem Sinne, dass die Geldsumme in obligatione, die *noxae deditio* in solutione wäre, so müsste die Befugnis zu dieser mit der Litiscontestatio verloren gehen (f. 57 pr. D. 46, 3 [Ulp.]; Baron, adjectic. Klagen S. 57). Und wollte man auch sagen, hier liege eben eine *facultas alternativa* vor, welche bis zur Litiscontestatio über die *actio iudicati* fort dauere (f. 6 § 1 D. 42, 1. f. 20 § 5 D. 5, 3 [Ulp.]) oder mit G. diese

Construction nur für die Zeit nach dem Urtheil annehmen, so bleibt zu erwiedern, dass dann bei Unmöglichkeit der noxae deditio der Beklagte schlechthin haften müsste, welches schrankenlos nicht einmal nach dem Urtheil gilt. Denn arg. f. 24 § 4 D. 40, 12 (Mela ap. Ulp.) ist schwerlich zu bezweifeln, dass, wenn die Bedingung der statuta libertas oder der Vollzug des Freilassungsvermöchtnisses nach dem Urtheil eintritt, und der Ausweg des f. 15 i. f. D. 9, 4 (Gai.) versäumt ist, die *aº* iudicati gegen den Verurtheilten verweigert und statt dessen gegen den Freigelassenen gegeben wird.

Im Zusammenhange seiner interessanten Bemerkungen über das africanische Recht findet es G. auffallend, dass bei den römischen Juristen, abgesehen von Ulpian's (nach Proculus) Bemerkung in f. 27 § 1 D. 9, 2, die er mit Recht unter Hinweis auf die *aº* communi dividundo (f. 62 [61] pr. D. 47, 2 [Afric.]) für schwach erklärt, niemals von Delicten der Sklaven die Rede sei, welche absichtlich, und zwar im Einverständniss mit dem Verletzten, begangen wären, um die noxae deditio an diesen herbeizuführen (S. 66 f.). Indessen schwerlich haben solche Vorgänge in Rom eine Rolle gespielt; einmal, weil der Herr nicht zu dediren brauchte, wenn er nicht wollte, und den Sklaven, wenn dieser ihn ökonomisch durch die Höhe der Delictsschuld dazu zwang, vorher noch sehr gründlich abstrafen konnte; zweitens, weil im Falle der Collusion, soweit etwa der Satz *volenti non fit iniuria* nicht ausreichen mochte, zweifellos die *exceptio doli* gegen die Noxalklage gegeben sein muss.

Die legislative Frage streifend bezeichnet G. (S. 61) als vernünftig ein System, welches die noxae deditio ausschliesst, und den Herrn nur auf Grund eigenen Verschuldens, deshalb nur den Herrn zur Zeit der That und diesen ohne Rücksicht auf Gewaltverlust haften lässt. G. begegnet sich hier mit den Verfassern der Motive zum Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs, welche (B. 2 S. 811) meinen, wenn man den unschuldigen Herrn des Thieres für den von ihm angerichteten Schaden — mit oder ohne noxae deditio — verantwortlich mache, „so würde man damit den Boden des Deliktes verlassen und, wenn auch nicht ein fingirtes Delikt, doch eine in das Rechtssystem sich schwer einfügende gesetzliche Obligation schaffen. Zu einer solchen positiven Regelung fehlt es aber an haltbaren Gründen.“ Wir glauben nicht, dass durch den Hinweis auf eine — angebliche — systematische Schwierigkeit und durch die blosse Verneinung seiner Haltbarkeit der Gedanke geschlagen werden kann, aus welchem das römische Recht in historischer Zeit die Noxalklagen aufrecht erhalten hat. Wer, um von dem allein Praktischen zu reden, zu seinem Nutzen oder Vergnügen Thiere hält, welche wegen ihrer Begabung mit eigenem Willen fremden Rechtsgütern immer weit gefährlicher sind als andere Objekte des Privateigenthums, muss die Gefahr des Schadens, den sie anrichten, wenigstens bis zur Höhe ihres Werthes tragen, m. a. W. *cum noxae deditione* haften. Ob diese Verpflichtung auf jeden neuen Herrn übergehen, oder an dem, der es zur Zeit der Schädigung war, haften bleiben soll, ist eine andere Frage, deren Beantwortung zweifelhaft sein mag, und die Beschränkung der

Haftpflicht auf Schäden, die das Thier *contra naturam* anrichtet, ist von sehr problematischem Werth. Uebrigens, in einem französischen Werk die Freiheit des unschuldigen Herrn von jeder Haftung ohne weitere Begründung als rationell bezeichnet zu sehen, ist um so befremdlicher als das geltende Recht Frankreichs (art. 1385 code civ.) ihn umgekehrt *sine noxae deditione* haften lässt.

Kiel.

Th. Kipp.

C. Bertolini. *La ratifica degli atti giuridici nel diritto privato romano*. Volume I. Roma. L. Pasqualucci 1889. 128 p.

Von den drei Unterarten, welche die neuere Litteratur innerhalb der *Ratihabition* unterscheidet: Genehmigung fremder Geschäftsführung, nachfolgende Einwilligung zu fremden Rechtsgeschäften, Bestätigung ungültiger Rechtsgeschäfte, behandelt B. in seinem vorliegenden ersten Band bloss die Genehmigung fremder Geschäftsführung. Die beiden anderen Gattungen der *Ratihabition* sowie die Lehre von der *Ratihabition* im römischen Civilprocess, sind weiteren Arbeiten vorbehalten. Untersucht werden zunächst die Wirkungen der Genehmigung, sodann deren Voraussetzungen. Der Werth der Arbeit liegt in der sorgfältigen Erörterung der zahlreichen Controversen und in der übersichtlichen Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten. Die vorgeschlagenen Lösungen sind nicht immer überzeugend. So ist es u. E. B. nicht gelungen, den vielbestrittenen zweiten Satz des fr. 60 de R. S. *sed et si quis ratum habuerit quod gestum est obstringitur mandati actione* mit der Regel: *mandati a. non potest competere, cum non antecesserit mandatum* fr. 20 § 1 mand. in Einklang zu bringen. B. p. 53 will im Anschluss an die Glosse und einige ältere Autoren den Ausspruch des fr. 60 cit. auf den Fall der Bürgschaft beschränken und in folgender Weise interpretiren: wird die auftraglose Verbürgung genehmigt, bevor der Bürge gezahlt hat, so liegt ein Mandatsverhältniss vor. Die einzige Stütze dieser im fr. 60 cit. mit keinem Wort angedeuteten Unterscheidung findet B. in fr. 60 § 1 mand. auf Grund einer u. E. allzu subtilen Interpretation der Entscheidung des Scävola. Eine innere Begründung seiner Ansicht giebt B. nicht. Die naheliegende Erklärung: die Genehmigung wirke hier deshalb als Mandat, weil sie zu einem *negotium nondum perfectum* hinzutritt, hat B. p. 44 mit guten Gründen zurückgewiesen. — Die Frage, ob die Rückziehung der Genehmigung so streng durchzuführen ist, dass man die Genehmigung auch dann noch für wirksam ansieht, wenn zur Zeit ihres Erfolgs die zu genehmigende Handlung nicht mehr vorgenommen werden könnte, wird von B. an zwei Stellen besprochen: bei den Wirkungen der Genehmigung p. 72 fg.

und bei deren zeitlichen Voraussetzungen p. 110. Den Worten Justinians in c. 25 § 2 C. 5, 16 will B. keine entscheidende Kraft zugestehen, da sie anerkanntermassen Beschränkungen, z. B. durch Rechte Dritter erleiden. Man müsse daher auf die Controverse der classischen Juristen zurückgehen und, da sich hier zwei Meinungen gleichberechtigt gegenüberstehen, für jeden einzelnen Fall die in den Quellen gegebene Entscheidung anwenden; so sei die von African fr. 25 § 1 D. 46, 8 vertretene schwächere Wirkung der Rückziehung in dem Fall der Zahlung eines debitor tempore liberatus anzunehmen, die von Celsus fr. 71 § 1 de solut. behauptete stärkere Wirkung — bei der Zahlung eines fideiussor temp. lib., und wohl auch in dem Fall des von B. ausser Acht gelassenen fr. 58 § 2 cod., wo sich Ulpian der Ansicht des Celsus anschliesst. Eine solche principlose Behandlung der Quellen ist mit der modernen systematischen Rechtsauffassung unvereinbar und würde uns von allen Zufälligkeiten der Compilation abhängig machen. Die römische Controverse lässt sich nicht durch mechanische Sonderung der Einzelfälle aufheben, sondern muss in dem einen oder anderen Sinn entschieden werden. — Das schwierige fr. 12 § 2 D. 46, 8 wird von B. p. 105 fg. im Anschluss an Zimmermann. Stellvertretende neg. gest. S. 280 dahin interpretirt: Der Gläubiger, der die Genehmigung der Zahlung an einen Geschäftsführer verweigert hat, kann nicht nachträglich gültig ratihabiren; er behält seine Klage gegen den Schuldner; doch gewährt Ulpian dem Schuldner aus der verspäteten Genehmigung des Gläubigers die exc. doli und tritt damit in Gegensatz zu Paulus fr. 62 de solut. Wir halten diese Auslegung für irrig, die vermeintliche Meinungsverschiedenheit zwischen Ulpian und Paulus für nicht existirend. Wir möchten die von der Glosse in erster Linie vorgeschlagene Erklärung acceptiren, obwohl sie Seuffert Ratihabition S. 31 Anm. 6 für ein „ganz grobes Missverständniss“ hält: Der Gläubiger verweigert (dem Schuldner gegenüber) die Genehmigung der an den Geschäftsführer erfolgten Zahlung; damit wahrt er sich seine Klage gegen den Schuldner, verliert aber gleichzeitig seinen Anspruch gegen den neg. gestor (dies letztere sagt Paulus in fr. 62 cit.). Hat nun aber der Gläubiger von dem Geschäftsführer (der von der Verweigerung der Genehmigung keine Kenntniss hatte) den eingezogenen Betrag der Schuld erhalten, so bleibt ihm zwar nach wie vor die Klage gegen den Schuldner, aber er würde dolos handeln, wenn er sie anstellte nachdem er sein Geld bekommen hat.

Heidelberg.

Dr. A. v. Tuhr.



ZEITSCHRIFT
DER SAVIGNY-STIFTUNG
FÜR
RECHTSGESCHICHTE

HERAUSGEGEBEN

VON

E. I. BEKKER, A. PERNICE, R. SCHRÖDER,
H. BRUNNER.

ELFTER BAND

XXIV. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

ROMANISTISCHE ABTHEILUNG.

WEIMAR
HERMANN BÖHLAU
1890.



WEIMAR. — HOF-BUCHDRUCKEREI.

Inhalt des XI. Bandes

Romanistische Abtheilung.

	Seite
Eisele, Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen. Zweiter Beitrag	1
Derselbe, Zu Gaius	199
Erman, H., Beiträge zur Publiciana	212
Ferrini, E. C., De Iustiniani Institutionum compositione coniec- tanea	106
Gradenwitz, Otto, Das Statut für die Zunft der Elfenbeinarbeiter	72
Hölder, E., Philosophie und geschichtliche Rechtswissenschaft .	52
Krüger, Hugo, Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia	165
Kübler, B., Zu Cicero de legibus II, XIX—XXI	37
Derselbe, Emendationen des Pandektentextes	45
Mommsen, Th., Zu Papinians Biographie	30
Derselbe, Inschrift von Kos	34
Schirmer, Beiträge zur Interpretation von Scävolas Digesten .	84
Schmidt, Adolf, Das Recht der Superficies	121
Sokolowski, Paul, Zur sog. exceptio divisionis	278

Miscellen:

Mommsen, Th., Zdekauer über die Florentiner Pandekten- handschrift	302
Derselbe, Nachtrag dazu	303
Derselbe, Pamphyliche Inschriften	303
Schum, W., Römisches Recht in Thüringen um 1300	304
Conrat, Max (Cohn), Kirchenpolitische Schriften und Canonen- sammlungen des 11. und 12. Jahrhunderts, welche römi- sches Recht enthalten	306
Derselbe, Pandekten bei Anselm von Lucca	308
Chiappelli, Luigi, Il MS. Torinese delle Istituzioni	308

	Seite
Litteratur:	
Schneider, A., Der Process des C. Rabirius	311
Besprochen von A. v. Tuhr.	
Voigt, M., Ueber die Bankiers, die Buchführung und die Literalobligation der Römer	312
Besprochen von Th. Niemeyer.	
Flach, Jacques, Études critiques sur l'histoire du droit romain au moyen âge avec textes inédits	326
Besprochen von Ernst Landsberg.	
Paalzow, Hans, Zur Lehre von den römischen Popularklagen	331
Besprochen von Th. Kipp.	
Die Preisaufgabe der K. Akademie der Wissenschaften (s. Um- schlag).	

I.

Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen.

Von

Herrn Prof. Dr. **Eisele**
in Freiburg i. Br.

Zweiter Beitrag.

Auch auf die in diesem zweiten Beitrag zusammengestellten Interpolationen habe ich früher (Bd. VII dieser Zeitschrift S. 18) gelegentlich hingewiesen. Es sind erläuternde Zusätze, meist kurz und insoweit Glossen vergleichbar. Dass solche Erläuterungen auch von classischen Juristen gegeben werden, ist zweifellos, wie dass hieraus Unsicherheit im concreten Fall entstehen kann, namentlich wenn man noch in Betracht zieht, dass die Compileren nicht alle Erläuterungszusätze, die sie machten, frei componiren mussten, sondern auch dazu classische Vorlagen verwenden konnten. So z. B. halte ich in l. un. § 1 C. de thes. 10, 15 den Zusatz zu dem Wort thesaurum: id est condita ab ignotis dominis tempore vetustiore mobilia für interpolirt, weil das Wort thesaurus schon im pr. steht, und dort hätte definirt werden müssen, wenn man es überhaupt definiren wollte; aber ich vermuthe, dass dabei die Thesaurus-Definition eines classischen Juristen benutzt ist.

Echte Erläuterungen sind z. B. l. 11 § 6 ad leg. Aquil. (9, 2): ero, hoc est domino; l. 3 § 13 de adq. vel am. poss. (41, 2): quatenus sub custodia nostra sint . . id est

quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus. Man vergleiche mit diesen und ähnlichen Erläuterungen die im Folgenden zusammengestellten und man wird den Unterschied nicht verkennen können. Bei l. 13 pr. rat. rem (46, 8): in quantum mea interfuit, id est quantum mihi abest quantumque lucrari potui habe ich den in mir (im Hinblick auf l. un. § 2 C. de sent. quae pro eo q. int. (7, 47) aufsteigenden Zweifel unterdrückt.

Die Frage, ob es sich nicht, zum Theil wenigstens, um nachjustinianische Glosseme handle, legt sich hier ganz besonders nahe und kann nicht schlechthin verneint werden, zumal es sich hier nicht, wie bei den Nisi-Sätzen, um eine besondere Liebhaberei der Compileren handelt. Immerhin aber kann geltend gemacht werden, dass bei der Beschaffenheit des Florentinus auch hier die Vermuthung gegen spätere Glosseme streitet. Anders steht die Sache mit der Frage vorjustinianischer Glosseme. Zusätze, wie die folgenden, sind ohne allen Zweifel auch in die cursirenden Schriften der classischen Juristen gekommen und von den Abschreibern in den Text aufgenommen worden. Namentlich wird dies von den häufiger gebrauchten Schriften gelten, also besonders von denjenigen der in Valentinians Citirgesetz genannten Juristen. Ich will mich aber auf eine Erörterung darüber, welche der im folgenden verzeichneten Zusätze von den Compileren herrühren und welche sie in ihren Vorlagen schon vorfanden, nicht einlassen und nur bemerken, dass solche Zusätze, welche anderweitig festgestellte Manieren und Eigenthümlichkeiten der Compileren an sich tragen, natürlich diesen vindicirt werden müssen, wogegen es nicht richtig wäre, alle anderen ohne weiteres für ältere Glosseme zu erklären. Ob eine sichere Scheidung dieser mehr farblosen Zusätze in compilerische und vorcompilerische später möglich sein wird, darf bezweifelt werden; das, was jetzt schon erreichbar ist, nämlich die Erkenntniss, dass die betreffenden Sätze nicht von einem classischen Juristen herrühren, ist zum Glück auch das Wichtigste.

Dass man bei solchen Sätzen und Satztheilen in den Digesten, welche nicht von dem Juristen herrühren, dem sie nach der Inscription des Fragments gehören, auch mit vorjustinia-

nischen Glossemen zu rechnen habe, ist schon von Cogliolo in einer Abhandlung „la storia del diritto romano e le interpolazioni nelle pandette“ (Arch. giur. XLI p. 188 ff. und Separat-Ausgabe Bologna 1888) ausgesprochen worden. Er ist der Meinung, es sei im allgemeinen wahrscheinlicher, dass ein älteres Glossem vorliege, welches in das Werk der Compileren übergang, als eine Interpolation (S. 189 bezw. 4) und motivirt dies damit, dass zur Zeit Justinians die Entwicklung des römischen Rechts grossentheils abgeschlossen gewesen sei (S. 200 bezw. 15). Das kann man zugeben, wenn man an naturwüchsige Entwicklung von innen heraus denkt; allein darauf kommt es bei Annahme von Interpolationen nicht an, sondern nur darauf, ob das Recht geändert worden ist. Da kann aber nicht bestritten werden, dass unter keinem Kaiser, Augustus vielleicht ausgenommen, so viele Rechtsänderungen, auch abgesehen von der Novellengesetzgebung, vorgenommen worden sind wie unter Justinian; und da andererseits die Compileren beauftragt waren, Änderungen nach Gutdünken vorzunehmen (const. Deo auct. § 7), so scheint mir zu folgen, dass die Vermuthung weit mehr für Interpolation spricht als für älteres Glossem. Wäre die Ansicht von Cogliolo richtig, so müssten z. B. auch in den fragm. Vaticana mehr Glosseme zu finden sein, als thatsächlich der Fall ist. Was übrigens Cogliolo zur Illustration seiner Ansicht speciell ausgeführt hat, ist nicht sonderlich geeignet, dieselbe zu empfehlen, namentlich nicht die Ausführung betr. die „generische“ A^o praescriptis verbis (S. 194 (9) ff.), denn die Stütze der ebenfalls generischen *condictio* ist trügerisch (vgl. meine Abhandlungen zum römischen Civilprocess S. 79 Note 15); und noch weniger, was er S. 190 (5) über die l. 57 contr. empt. (18, 1) sagt ¹⁾.

¹⁾ Cogliolo fragt: come si può da una parola mutata (nämlich *adimplere*; er meint, Paulus habe *implere* geschrieben) arguire l'interpolazione di quasi tutto un lunghissimo frammento? Allein es handelt sich nicht bloss um *adimplere*, sondern es liegt vor: der Aufbau mit *si quidem* — *sin vero* u. s. w. (vgl. Bd. VII, S. 30); Verlassen der Construction (*ut non compellatur, sed etiam repetet*); das Wort *coarctare* für *compellere* (ib. S. 28); die Wendung *venditionem stare oportet*, ferner: *non repeti oportet*, welche ich beide nicht

Zunächst lasse ich nun solche Zusätze folgen, welche mit den Worten *id est* oder *hoc est* beginnen.

1, 18, 20 Papin l. 1 respons.

Legatus Caesaris, id est praeses vel corrector provinciae.

2, 4, 12 Ulp. l. 57 ad ed.

... *et ei poenalem in factum actionem, id est quinquaginta aureorum, adversus libertum competere.* Hier ist übrigens das *id est* so ungeschickt als möglich, da durch den Betrag von 50 aurei ja nichts erklärt wird, weder das „poenalem“ noch das „in factum“.

3, 5, 12 (13) Paul. l. 9 ad ed.

... *decem tamen quae impenderim (me) retenturum, id est sola nonaginta (und nicht 100) restituenda.* Ausserordentlich selbstverständliche und überflüssige Bemerkung, die aber nach zwei Richtungen hin formell zu beanstanden ist: einmal passt das *id est* ebensowenig wie in der vorigen Stelle — dass bloss 90 restituirt werden, ist die Folge davon, dass 10 einbehalten werden —; sodann müsste, wenn in der Satzconstruction geblieben werden soll, es heissen *restituturum*.

4, 4, 3 § 4 Ulp. l. 11 ad ed.

... *efficiet, ut per eos etiam maioribus subveniatur, id est patribus eorum.* Ist doch allzu selbstverständlich!

7, 1, 68 § 2 Ulp. l. 17 ad Sab.

... *debebit ex agnatis gregem supplere, id est in locum defunctorum.* Wenn ich nicht irre, sagt ein ordentlicher Lateiner von Thieren nicht *defungi*, so wenig wie wir von ihnen sagen, sie hätten „vollendet“.

7, 1, 70 § 3 Ulp. l. 17 ad Sab.

... *quotiens gregis vel armenti, vel equitii, id est universitatis, ususfructus legatus est.* Die Erläuterung

für classisch zu halten vermag; im § 3 die ganz unnöthige Beifügung *et emptor et venditor* zu *uterque*, und die Ablativi absoluti am Ende (Nr. III meiner Kriterien, l. c. S. 23 ff.), von dem Inhalt dieser Ablative ganz zu schweigen. Denn sollte man nicht denken, dass, wenn der beiderseitige *dolus compensirt* wird, er nun eben beseitigt ist und das Geschäft gilt? (Ganz anders doch l. 154 R. I.!) Und wie kann die Frage der Giltigkeit des *iudicium* auch nur erörtert werden?

war um so unnöthiger, als der Gegensatz *ceterum si singulorum capitum* keinen Zweifel übrig lässt, was gemeint sei.

7, 9, 9 pr. Ulp. l. 51 ad ed.

potest (ususfructus) ad me reccidere, hoc est ad legatarium; vgl. den Anfang: si ususfructus mihi legatus sit.

8, 2, 20 § 5 Paul. l. 15 ad Sab.

Stillicidium . . . altius tolli potest inferius demitti non potest quia fit gravior servitus, id est pro stillicidio flumen. Hier hat der Compiler den Passus quia fit gravior servitus missverstanden. Er hat verstanden; „weil dadurch (durch das inferius demittere) eine lästigere Servitut, nämlich die s. fluminis immittendi, entsteht“, während gemeint ist: „weil dadurch die Servitut (die s. stillicidii) lästiger, drückender wird“.

12, 4, 3 § 4 Ulp. l. 26 ad ed.

Quin immo et si nihil tibi dedi, ut manumitteres, placuerat tamen, ut darem, ultro tibi competere actionem, quae ex hoc contractu nascitur, id est conductionem defuncto quoque eo. Freilich ist dieser ganze Paragraph bedenklich, nicht bloss die Erläuterung „id est conductionem“; vgl. Pernice in Bd. IX dieser Zeitschrift S. 251 Note 5.

13, 6, 17 § 3 Paul. l. 29 ad ed.

Sicut autem voluntatis et officii . . . est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit, cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere u. s. w.

14, 1, 1 § 7 Ulp. l. 28 ad ed.

Non autem ex omni causa praetor dat in exercitorem actionem, sed eius rei nomine, cuius (zu lesen cui) ibi praepositus fuerit, id est si in eam rem praepositus sit. Ganz ähnlich

14, 3, 5 § 11 Ulp. eod.

. . . sed ita, si eius rei gratia, cui praepositus fuerit, contractum est, id est dumtaxat ad id quod eum praeposuit. Der interpolirte Passus ist noch verdorben. Es ist aber wohl nicht mit Mommsen zu lesen dumtaxat id ad u. s. w., denn dann wäre zu id das vorausgegangene obligat als Verbum zu denken, während doch selbstverständlich nicht

„id ad quod quis praeponitur“ obligirt, sondern das Geschäft; vielmehr ist zu lesen dumtaxat ad id (contractum est) ad quod et rel.

15, 1, 18 Paul. l. 4 quaest.

... non aliter cogatur, id quod vicarius eius testatori debet, relinquere, nisi is, id est vicarius, peculium habeat. Nur ein schlechter Lateiner kann in Versuchung kommen, das is auf den zu beziehen, der Subject von cogatur ist.

15, 1, 26 Paul. l. 30 ad ed.

Si semel ex ea causa, id est quod dolo fecerit, dominus praestiterit de peculio conventus et rel. Hier war die Einschaltung am Platz, weil der Zusammenhang mit dem Vorhergehenden fehlt. Bei Paulus fehlte er natürlich nicht.

15, 3, 19 Paul. l. 4 quaest.

... negotium hoc, id est sepulturam et funus filii. Wenn nur nicht der ganze Passus et hoc Neratius quoque bis non filii von den Compilatoren ist! Denn dass das funus filii kein aes alienum filii sei, das noch zu sagen, ist ein starkes Stück.

16, 2, 9 § 1 Paul. l. 32 ad ed.

... ut caveat patrem suum ratum habiturum, id est non exacturum quod is compensaverit. Das „is“ geht auf das Subject von caveat!

16, 3, 11 Ulp. l. 41 ad Sab.

... sic tamen, si sine dolo omni reddat, hoc est, ut nec culpa quidem suspicio sit. Dass der Depositahafte, auch wenn nur suspicio culpa ist, kann Ulpian nicht geschrieben haben.

16, 3, 28 Scaev. l. 1 respons.

... quibus ut primum prospiciam, ne vacua tibi sint: id est ut usuras eorum accipias curae habebō. Der Adressat des Briefes hat ganz sicher nicht nöthig gehabt, über die Bedeutung der Worte ne vacua tibi sint belehrt zu werden, und ebenso wenig der Leserkreis, für den Scaevola seine responsa zusammenstellte.

17, 1, 10 § 9 Ulp. l. 31 ad ed.

... ut sumptus de suo faceret ad haec itinera, hoc est de salario.

17, 2, 7 Ulp. l. 30 ad Sab.

... universorum quae ex quaestu veniunt, hoc est si quod lucrum ex emptione venditione locatione conductione descendit. Oder echt, aber gekürzt?

17, 2, 21 Ulp. eod.

sed factum eius (qui admittitur socius, l. 19 eod.) praestabitur societati, id est aget socius et societati praestabit quod fuerit consecutus. Das die Erläuterung nicht von Ulpian ist, ist mit Sicherheit daraus zu entnehmen, dass das erläuternde societati praestabit (scil. der klagende socius) einen ganz anderen Inhalt hat, als das praestabitur societati (scil. von Seiten dessen, qui admisit socium).

17, 2, 69 Ulp. l. 32 ad ed.

... ut unus reliquis nundinas id est epulas praestaret et rel. Schwerlich hat Ulpian in seinem Edictscommentar ein Wort gebraucht, von dem er sich sagen musste, dass seine Leser dasselbe nicht verstehen. Dann hat er es aber auch nicht erklärt.

17, 2, 73 Ulp. l. 1 respons.

... societatem universarum fortunarum coierint, id est earum quoque rerum, quae postea cuique adquirentur.

18, 1, 68 pr. Procul. l. 6 epist.

... existimo te in exigendo non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestandam, id est, non solum ut a te dolus malus absit, sed etiam ut culpa. Diese Ausdrucksweise war wohl der späteren Zeit verständlicher.

18, 3, 4 pr. Ulp. l. 32 ad ed.

Si fundus lege commissoria venierit, hoc est, ut nisi intra certum diem pretium sit exsolutum, inemptus fieret ... In l. 1 und l. 3 braucht Ulpian den Ausdruck ohne weitere Erklärung; die l. 3 ist überdies aus Buch 30 des Edictscommentars und es ist gewiss doch höchst unwahrscheinlich, dass ein Ausdruck im 32. Buch erklärt wird, dessen Sinn früher als bekannt vorausgesetzt wurde.

18, 6, 4 pr. Ulp. l. 28 ad Sab.

... an vero magis emptio sit soluta, quasi sub conditione venierint, hoc est si ante diem illum fuissent

degustata. Wenn Wein mit dem Geding verkauft ist, dass intra diem certum gekostet werden soll, und es wird nun der Gesichtspunkt hingestellt, dass der Wein quasi sub condicione verkauft, folglich wegen Nichtkostens intra diem der Kauf aufgehoben sei: so kann über den Inhalt der Bedingung kein Zweifel sein.

19, 1, 7 Pompon. l. 10 ad Sab.

. . . reverti adversus te non potero, donec Titius vivat nec in ea causa esse coeperit, ut, etiamsi eius usus fructus esset, amissurus eum fuerit, nam tunc, id est si capite diminutus vel mortuus fuerit Titius, reverti potero ad te venditorem. Wahrscheinlich sind aber auch die Worte nam tunc reverti potero ad te venditorem interpolirt, vgl. Bd. VII dieser Zeitschrift S. 26 unter VII.

19, 1 (13 § 31 und) 14 Pomp. l. 31 ad Q. Muc.

(ut puta putealia) id est quo puteum operitur. Das aus Pomponius entnommene Fragment war ursprünglich natürlich grösser, bei der Einfügung zwischen l. 13 und 15 strich man aber alles bis auf die paar Worte, die gerade nicht von Pomponius sind. Denn dass ein römischer Jurist der classischen Zeit sich bemüssigt gefunden habe, das Wort puteal zu erklären, kann ich nicht glauben.

19, 1 l. 30 pr. African. l. 8 quaest.

. . . nihilo minus retentionem eo nomine ex peculio me habiturum ait, id est ipso iure ob id factum minutum esse peculium. Es ist unmöglich, dass African ipso-iure-Minderung des Peculium und retentio ex peculio identificirt habe; die Compileren haben im Hinblick auf die l. un. C. de rei ux act. auch hier mit Retentionen aufräumen zu sollen geglaubt.

19, 1 l. 31 § 2 Nerat. l. 3 membr.

. . . is ex nobis tuendus est, qui prior ius eius (iuste Mommsen) adprehendit, hoc est cui primum tradita est.

Es geht voraus uterque nostrum eandem rem emit . . . traditaque est. Man muss das traditaque est mit Nothwendigkeit auf beide beziehen, denn wäre nur Einem tradirt worden, so hätte dies gesagt werden müssen; insofern ist also die von Mommsen vorgeschlagene Einschiebung von utriusque nach traditaque nicht unbedingt nöthig, obwohl wegen des

ähnlichen Ausgangs *aque* und *ique* der Ausfall von *utrique* plausibel. Geht aber das vorausgehende *traditaque est* auf beide, so ist absolut ausgeschlossen, das *adprehendit* anders als von Tradition zu verstehen; die Erläuterung ist also ganz überflüssig. Die Interpolation wird um so mehr einleuchten, wenn man bedenkt, dass Neratius die Wendung *qui prior adprehendit* wohl deshalb wählte, um die Wiederholung von *tradita est* zu vermeiden.

19, 1 l. 45 § 2 Paul. l. 5 quaest.

... *eius effici libertam, a quo vendita est, id est heredis*; vgl. l. 43 pr.

19, 2 l. 13 pr. Ulp. l. 32 ad ed.

cisiarius, id est carucarius.

19, 2 l. 51 pr. Iavol. l. 11 epist.

... *videtur autem in hac specie id silentio convenisse, ne quid praestaretur, si ampliore pecunia fundus esset locatus, id est ut haec conventio pro locatore tantummodo interponeretur.* Ganz sicher will der erläuternde Satz dies sagen: im Zweifel (das hinzuzufügen gebietet das *silentio*, wie auch das vorausgegangene *id maxime spectare debemus quod inter utramque partem convenit*) ist die in Rede stehende *conventio* lediglich zu Gunsten des *locator*. So aber, wie die Erläuterung angefügt ist, hängt sie grammatisch von *videtur convenisse* ab: *convenit, ut haec conventio pro loc. interponeretur!*

19, 5. In diesem Titel findet sich an drei Stellen: 13 § 1, 15 und 22 die Interpolation *id est praescriptis verbis*; eine vierte Stelle ist 43, 26, 19 § 2 (s. u.) Ueber das Sachliche vgl. Gradenwitz, Interpolationen S. 123 ff., speciell S. 128. 140.

21, 2, 21 § 2 Ulp. l. 29 ad Sab.

... *neque enim habere licet eum, cuius si pretium quis non dedisset, ab adversario auferretur: prope enim hunc ex secunda emptione, id est ex litis aestimatione, emptori habere licet, non ex pristina.* Dass die *litis aestimatio* gemeint ist, geht aus dem unmittelbar vorhergehenden Satz (*quamvis si ipse u. s. w.*) zur Genüge hervor. Die Erläuterung ist aber nicht nur überflüssig, sondern auch störend für den Gedanken, der in den Worten *prope enim u. s. w.* liegt. Um

mich deutlicher auszudrücken: das *prope* kann nur mit *ex secunda emptione*, aber nicht mehr mit *ex litis aestimatione* passend verbunden werden.

21, 2, 76 Venul. l. 17 stip.

Si alienam rem mihi tradideris et eandem pro derelicto habuero, amitti auctoritatem, id est actionem pro evictione, placet. Natürlich ist auch tradideris für mancipaveris interpolirt.

23, 1, 14 Modest. l. 4 diff.

Quapropter et a primordio aetatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intellegatur, id est si non sint minores quam septem annis. Vgl. Buhl, Salv. Julianus S. 151. Formell verräth sich die Hand der Compileren an dem überflüssigen *quam*.

24, 1, 11 § 2 Ulp. l. 32 ad Sab.

Maritus uxori mortis causa donatum voluit: interposuit mulier filium familias qui a marito acciperet eique traderet: deinde cum moritur maritus pater familias invenitur: an valeat traditio? Wenn nun entschieden wird, traditionem valere, quia sui iuris effectus est eo tempore, ad quod traditio redigitur: so ist gar keine andere Zeit denkbar, als die des Todes des Gewalthabers, und werden daher die Worte *id est cum maritus moriebatur* wohl Interpolation sein.

30, 34 § 6 Ulp. l. 21 ad Sab.

Proinde et si quid aliud est quod pondere numero mensura continetur saepius relictum, idem erit dicendum, id est saepius deberi, si hoc testator voluerit. Die Worte *si hoc testator voluerit* sind dem Gedanken Ulpian's, welcher bestimmen will, was im Zweifel zu gelten habe, ebenso zuwider, wie im § 3 desselben Fragmentes der Zusatz *si evidentissimis probationibus ostendatur testatorem multiplicasse legatum voluisse*, in dem übrigens die Compileren an den *evidentissimae probationes* (Bd. VII S. 28 sub VIII) und den Worten *multiplicasse voluisse* deutlich erkennbar sind.

30, 122 § 1 Paul. l. 3 regul.

haec sententia vera est, hoc est Titius tota decem debebit.

39, 1 l. 1 § 1 Ulp. l. 52 ad ed.

adversus futura opera . . . non adversus praeterita, hoc est adversus ea quae nondum facta sunt, ne fiant. Die Erläuterung hätte richtiger hinter futura opera eingeschaltet werden sollen.

39, 1, 5 § 4 Ulp. l. 52 ad ed.

. . . in re enim praesenti et paene dixerim in ipso opere, hoc est in re ipsa, nuntiatio facienda est. Die Erläuterung ist weniger deutlich, als was erläutert wird; anders verhält es sich in § 2: in re praesenti . . id est eo loci, ubi opus fiat.

39, 1, 9 Gai. ad ed. urb.

permittendum est, de iure id est de servitute opus novum nuntiare, nam ei vindicatio servitutis datur. Diese Begründung lässt die Erläuterung id est u. s. w. als ganz überflüssig erscheinen.

39, 1, 23 Iavol. l. 7 epist.

. . . emptor id est dominus praediorum tenetur. Dass die erläuternde Bemerkung zu eng ist, zeigen die unmittelbar folgenden Worte des Fragments: quia nuntiatio operis (operi) non personae fit et is demum obligatus est, qui eum locum possidet, in quem opus novum nuntiatum est.

39, 2, 11 Ulp. l. 53 ad ed.

Aequissimum tamen puto huic prospiciendum, id est creditori, per stipulationem. Andere (z. B. A. Faber) halten das für ein Glossem, worüber das im Eingang Gesagte in Bezug zu nehmen ist. Gegen Mommsens Emendation item creditori zu vgl. Burkhard caut. damni inf. S. 313.

39, 2, 24 pr. Ulp. l. 81 ad ed.

Propter quod operis dumtaxat nomine . . cavetur, de vitio loci nihil cavetur, hoc est operis quod quis facit. Was die Erläuterung besagt, ergibt sich hinlänglich aus dem Vorausgegangenen (in his igitur publice licet cuilibet aedificare et destruere). Möglich, dass auch die Worte de vitio loci nihil cavetur, die Mommsen streichen will, von den Compilatoren herrühren.

39, 2, 40 § 2 Ulp. l. 43 ad Sab.

. . . quia in eadem re damnum passi sunt, id est in aedibus. Der erläuternde Satz ist unrichtig, weil zu eng,

39, 3, 1 § 1 Ulp. l. 53 ad ed.

Haec autem actio locum habet in damno nondum facto, opere tamen iam facto, hoc est de eo opere, ex quo damnum timetur.

ib. § 20.

si . . . aqua fluens noceat loco qui est intra continentia, hoc est aedificio (aedificia?). Die Bedeutung des Ausdrucks continentia in diesem Zusammenhang zu erklären hatte Ulpian sicherlich nicht nöthig.

39, 3, 2 § 8 Paul. l. 49 ad ed.

. . . sufficere, si quis sciat factum esse (opus), hoc est, si factum esse non ambigatur. Es liegt auf der Hand, wie schlecht d. h. wie unvorsichtig diese Erläuterung gefasst ist: danach könnte man sich niemals auf vetustas berufen, da es niemals zweifelhaft sein kann, dass das opus einmal erstellt worden ist!

39, 3, 6 § 8 Ulp. l. 53 ad ed.

Aestimationem autem iudex faciet ex rei veritate, hoc est eius damni, quod apparuerit datum. Mag man nun unter rei veritas den Sachwerth im Gegensatz zum Interesse verstehen (Schmidt, civil. Abhandl. S. 167) oder die Schadensbemessung nach objectiven Gesichtspunkten im Gegensatz zu der im Falle des iuramentum in litem eintretenden subjectiven Schätzung: in beiden Fällen passt die Erläuterung nicht, da sie auf einen dritten Gegensatz hinweist, den des schon eingetretenen und des noch künftigen Schadens. Ex rei veritate geht auf die Art der Schätzung, hoc est u. s. w. auf das Object der Schätzung.

39, 3, 8 Ulp. l. 53 ad ed.

. . . eorum etiam, ad quos eius aquae usus pertinet, voluntas exquiratur, id est eorum, quibus servitus aquae debebatur. Ulpian hat bei den Worten im Anfang des Fragments „in concedendo iure aquae ducendae“ zweifelsohne im Auge die Verleihung des Rechts, an die öffentliche Wasserleitung eine private anzuschliessen, durch den Kaiser oder den curator aquarum. In Bezug auf solche öffentliche Wasserleitungen ist aber bekanntlich von Servituten keine Rede. Zu beachten ist auch das ganz unpassende Imperfectum debebatur. Uebrigens ist auch der Schlusssatz

des Fragmentes et generaliter sive u. s. w. von den Compilatoren (vgl. diese Zeitschrift Bd. VII S. 26 sub VI).

39, 3, 17 § 2 Paul. l. 15 ad Plaut.

. . . eodem casu, quo interveniente flumine publico viae itineris actus servitus imponi potest, id est si non sit impedimento transeunti magnitudo fluminis. Einigermassen zweifelhaft.

39, 6 13 § 1 Iul. l. 17 dig. zu vgl. 35 § 4 eod.

Marcellus notat: . . . sic quoque potest donari mortis causa, ut nullo casu sit eius repetitio, id est nec si convaluerit quidem donator. Hiezu bemerkt auch Mommsen: „id est . . . donator“ non sunt Marcelli.

43, 26, 19 § 2 Iul. l. 49 dig.

Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti conditione, id est praescriptis verbis. Vgl. Gradenwitz l. c. S. 130. Erwähnt sei der Vorschlag von Cogliolo l. c. S. 199 (14), zu lesen id, et praescriptis verbis scil. peti potest; wahrscheinlich wird ihn niemand acceptabel finden.

46, 2, 8 § 2 Ulp. l. 46 ad Sab.

. . . si modo id actum sit ut novetur, id est ut Seius debeat quod Titius promisit.

48, 2, 12 Venul. l. 2 de iud. publ.

. . . legatum imperatoris, id est praesidem provinciae.

Eine Anzahl anderer derartiger Interpolationen wird durch die Worte ut puta eingeleitet.

2, 1, 13 § 1 Ulp. l. 51 ad Sab.

Magistratus autem vel is qui in potestate aliqua sit ut puta proconsul vel praetor vel alii qui provincias regunt . . .

3, 2, 4 § 2 Ulp. l. 6 ad ed.

Sive autem principaliter hoc negotium gerat sive alterius negotiationis accessione (occasione?) utatur ut puta si caupo fuit vel stabularius et mancipia talia habuit ministrantia et occasione ministerii quaestum facientia, sive balneator fuerit, velut in quibusdam provinciis fit, in balineis ad custodienda vestimenta conducta habens mancipia hoc genus observantia in officina, lenocinii poena tenebitur. An und für sich

könnte Ulpian die Worte *alterius negot. occasione uti* ganz wohl durch Beispiele näher erläutert haben; das aber, was dasteht, hat er nicht geschrieben. Man beachte das ganz beziehungslose *talia*, das breitspurige *si caupo fuit et habuit* (von dem *Perfectum* ganz abzusehen), das unrichtig angewendete *velut* und die geradezu komische Redewendung *hoc genus observantia*! Dagegen *occasione ministerii* ist so gut, dass es aus dem von Ulpian vorher Gesagten entlehnt sein wird, daher mir nicht zweifelhaft ist, dass im Anfang zu lesen ist *negotiationis occasione*.

3, 2 l. 6 § 5 Ulp. l. 6 ad ed.

„*Mandati condemnatus*“: *verbis edicti notatur non solum qui mandatum suscepit, sed et is, qui fidem, quam adversarius secutus est, non praestat*. Das lautet so allgemein und ist in dieser Allgemeinheit so bedenklich, dass eine Erläuterung nicht überflüssig war. Ob aber diejenige, welche dasteht, von Ulpian ist, scheint fraglich: *ut puta, fideiussi pro te et solvi; mandati te si condemnavero, famosum facio*. Nach dem Edictswortlaut war das *iudicium contrarium* geradezu ausgeschlossen (vgl. l. 1 ht.). Nun sagen allerdings verschiedene Basilikenscholien zu unserer Stelle (Heimb. II p. 440), dass gerade in unserem Falle ausnahmsweise auch die Verurtheilung im *iudicium contrarium* Infamie zur Folge gehabt habe. Dabei bleibt immer die Möglichkeit bestehen, dass diese Ausnahme eben erst durch diesen Zusatz der Compileren eingeführt wurde, und diese Möglichkeit wird zur grössten Wahrscheinlichkeit dadurch, dass zu den Worten „*verbis edicti notatur non solum*“ u. s. w. das Beispiel nun einmal schlechterdings nicht passt. Nimmt man an, dass im Edict noch andere als die in l. 1 cit. überlieferten Fälle stunden und zwar solche, die auch in der *lex Iulia municipalis* (110 sqq.) vorkommen (cf. Lenel, edict. S. 63), so wird sofort klar, an welche Fälle Ulpian gedacht und von welchen er auch gesprochen haben wird. Es ist der, „*qui sponsoribus creditoribusve suis renuntiavit renuntiaverit se soldum solvere non posse, aut cum eis pactus est erit se soldum solvere non posse, prove quo datum depensum est erit*“. Speciell an Stelle des Schuldners, für den vom sponsor *depensum est*, setzten die Compileren in unserer Stelle den *fideiussor* und

thaten von dem Eigenen noch die Verurtheilung in der act. mand. contraria hinzu.

19, 1, 4 § 1 Paul. l. 5 ad Sab.

Sed non solum si modus agri totius minor est, agi cum venditore potest, sed etiam de partibus eius: ut puta si dictum est vineae iugera tot esse vel oliveti et minus inveniatur. Freilich ist der ganze Satz nebst dem noch Folgenden:

ideoque (dieses ideo passt gar nicht) his casibus pro bonitate loci fiet aestimatio

verdächtig.

19, 1, 17 § 7 Ulp. l. 32 ad ed.

Labeo generaliter scribit, ea quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii esse, quae vero ad praesens, non esse aedificii: ut puta fistulae temporis quidem causa positae non sunt aedium, verum tamen si perpetuo fuerint positae, aedium sunt. Wie schlecht ist das ad praesens wiedergegeben durch temporis causa; dazu noch das schleppende quidem. Das si perpetuo f. positae ist im Grunde genommen nicht einmal richtig; sind sie perpetui usus causa gelegt, so ist es gleichgiltig, wenn sie auch vorübergehend herausgenommen werden, also nicht perpetuo positae sind.

46, 3, 27 Ulp. l. 28 ad ed.

. . . si res tradita fuerit quae debebatur, quamdiu aliquid iuri rei deest, adhuc tamen ipsa res petenda est: ut puta possum fundum petere, licet mihi traditus sit, si ius quoddam cautionis supererit. Möglich, dass die Erläuterung von Ulpian ist, aber so lautete: ut puta . . . traditus est, si mihi mancipatus non est. Gemeint ist eine Klage auf dare oportere.

Ich lasse jetzt noch einige weitere Erläuterungsinterpolationen folgen, welche von verschiedener Form sind.

2, 11, 10 pr. Paul. l. 1 ad Plaut.

Si eum iudicio sisti promisero, qui iam tempore liberatus esse dicebatur, quia iam actione forte non tenebatur. Mommsen will die gesperrt gedruckten Worte streichen; ich muss es aus dem eingangs angegebenen Grunde für weit- aus wahrscheinlicher halten, dass eine Interpolation, als dass

ein späteres Glossem vorliegt. Anders würde freilich die Sache liegen, wenn, was aber nicht der Fall ist, die Processverjährung zur Zeit der Abfassung der Digesten noch gegolten hätte.

5, 1, 18 § 1 Ulp. l. 23 ad ed.

. . . posse eum utili iudicio agere, ne dum pater exspectatur impunita sint maleficia, quia pater venturus non est vel dum venit se subtrahit is qui noxam commisit. Der gesperrt gedruckte Passus ist ganz in der Art, wie wir sie z. B. in der sog. Institutionenparaphrase des Theophilus finden, und kein Zweifel ist, dass die Worte dum pater exspectatur vollauf genügen.

Ibid. .

. . . si res veniat ex contractu, debeat filius agere utili iudicio, forte depositum repetens vel mandati agens vel pecuniam quam credidit petens, si forte pater in provincia sit, ipse autem forte Romae vel studiorum causa vel alia ex iusta causa agat. Erläutert soll hier offenbar das „ex contractu“ werden, wie im Vorhergehenden von furtum und damnum iniuria die Rede war. Danach müsste aber stehen: si forte rem deposuit u.s.w. Ferner erweckt Verdacht das wiederholte forte (vgl. oben 2, 11, 10 pr.) und vollends ex iusta causa Romae agere.

7, 1, 12 § 5 Ulp. l. 17 ad Sab.

Cum autem in pendenti est dominium dicendum est conditionem pendere magisque in pendenti esse dominium. Dazu bemerkt Mommsen in der grösseren Digestenausgabe: „aut abundant, aut tale quid subest: ‘magisque sequi quod in pendenti est dominium? Das letztere ist doch wohl unmöglich; Ulpian wird doch nicht in ausdrücklichen Worten daraus, dass in pendenti est dominium, folgern, dass in pendenti est dominium. Daraus aber, dass die Basiliken den Passus haben, ist zu schliessen, dass wir es eher mit einer Interpolation der Compileren, als mit einem Glossem eines Abschreibers zu thun haben.“

7, 1 l. 25 § 1.

. . . si vero simul in sacculo solvit, nihil fecit accipientis, et ideo nondum adquisisse dominium cuiquam videtur, quia cum plus pretium solvit servus, non faciet num-

mos accipientis. Der Grund ist vielmehr ein ganz anderer; dass man über die Schuld hinaus zahlen kann, und dennoch Eigenthum überträgt und *condictio indebiti* hat, ist ja eine allbekannte Sache.

8, 2, 17 § 3 Ulp. l. 29 ad Sab.

Haec lex traditionis (mancipationis): „*stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint*“ hoc significat impositam vicinis necessitatem *stillicidiorum excipiendorum*, non illud, ut etiam emptor *stillicidia* suscipiat *aedificiorum vicinorum*; hoc igitur pollicetur venditor, sibi quidem *stillicidiorum servitutem* deberi, se autem nulli debere. Aus dem Vorherigen ist deutlich genug zu ersehen, dass Ulpian sagen will, das in *lege mancipationis* dictum sei nur zu Gunsten, nicht auch zu Lasten des Käufers.

12, 7, 3 Iulian. l. 8 dig.

Qui sine causa obligantur, incerti conditione consequi possunt ut liberentur: nec refert, omnem quis obligationem sine causa suscipiat, an maiorem quam suscipere eum oportuerit, nisi quod alias conditione id agitur, ut omni obligatione liberetur, alias ut exoneretur. veluti qui decem promisit, nam si quidem nullam causam promittendi habuit, incerti conditione consequitur, ut tota stipulatio accepto fiat, at si cum quinque deberet decem promisit, incerti consequetur, ut quinque liberetur. Das richtige Schulbeispiel, wie wir solche namentlich auch in der Institutionenparaphrase des Theophilus finden; Julian hat seinen Lesern dergleichen sicherlich nicht vorgeführt. Ob übrigens incerti consequetur nicht eine byzantinische Breviloquenz ist, wage ich nicht zu entscheiden; unmöglich im Munde Julians scheint mir aber zu sein *ut stipulatio accepto fiat*, denn man kann *pecuniam* oder *id quod debetur acceptum facere*, aber nicht *stipulationem*.

13, 7, 11 § 3 Ulp. l. 28 ad ed.

Si in sortem dumtaxat vel in usuras obstrictum est pignus, eo soluto propter quod obligatum est, locum habet *pigneraticia*. sive autem *usurae* in stipulatum sint deductae sive non, si tamen pignus et in eas obligatum fuit, quamdiu quid ex his debetur, *pigneraticia* cessabit. alia causa est earum, quas quis supra

licitum modum promisit: nam haec penitus illicitae sunt. Der schlechte Stil des zweiten und dritten Satzes (sitamen; ex his; penitus illicitae) würde wohl zur Annahme einer Interpolation für viele nicht genügen. Dagegen verräth die Compileren mit Sicherheit das et vor in eas. Denn im ersten Satz behandelt Ulpian ja den Fall, dass das Pfand nur für das Capital oder nur für die Zinsen haften soll; dass das dumtaxat auch zu in usuras hinzuzudenken ist, kann nach den Worten eo soluto u. s. w. nicht zweifelhaft sein. Der zweite Satz will keinen neuen Fall bringen, giebt aber doch statt der Voraussetzung: es ist nur für die Zinsenobligation Pfand bestellt, die andere: es ist auch für die Zinsenobligation Pfand bestellt.

13, 7, 24 § 1 Ulp. l. 30 ad ed.

... et constat, neque pigneraticia eum agere neque liberari posse, quia reprobata pecunia non liberat solventem, reprobis videlicet nummis reddendis. Vgl. das Interpolationskriterium Nr. III in Bd. VII S. 23 f. dieser Zeitschrift.

D. 16, 3, l. 17 § 1 Florent. l. 7 inst.

Rei depositae proprietates apud deponentem manet, sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est: nam tum deum sequester possidet; id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat.

Stände das gesperrt Gedruckte nicht da, so wäre über den Sinn der l. 39 de adq. vel. am. p. wohl nie Streit entstanden, d. h. man hätte nie verkannt, dass sich die l. 39 cit. nur auf die Frage beziehe, ob der Besitz des Sequester zu dem Usucapionsbesitz der obsiegenden Partei hinzuzurechnen sei oder nicht¹⁾. Interpolation nehme ich aus folgenden Gründen an: 1) der Satz nam tum u. s. w. ist in der Art der mit „tunc enim“ beginnenden Sätze, welche die Compileren auch ihren eigenen Nisi-Sätzen gern hinzufügen; 2) er ist überflüssig; 3) er ist schief und müsste entweder lauten: nam sequester possidet oder aber: nam tum deum is apud quem deponitur possidet. In beiderlei Hinsicht

¹⁾ So jetzt auch Jhering, Besitzwille S. 383. Vgl. J. Voigt, Besitz des Sequesters (Freiburger Inaug.-Diss.) S. 35 ff.

(2 und 3) drängt der Satz nam tum demum u. s. w. allerdings zu der Duaren-Savignyschen Interpretation, wonach zu *deposita est subintelligit* wird *possessio*; allein diese Interpretation ist aus mehrfachen Gründen unmöglich. 4) Der Satz *id enim u. s. w.* ist eine übel angebrachte Reminiscenz aus l. 39 cit. und setzt sich insofern in Widerspruch mit derselben, als hier dasjenige, was dort als einer von verschiedenen möglichen Zwecken erscheint, als einziger und begriffsmässiger Zweck der Sequestration hingestellt wird. Dass die Compileren auch aus aufgenommenen Fragmenten bei anderen Fragmenten Ergänzungen anbringen, ist nicht selten; übrigens gehören beide in Rede stehende Fragmente der Sabinus-Masse an.

17, 1, 12 § 15 Ulp. l. 31 ad ed.

Idem ait, si tutor mandet suscipi vel probari nomen quod fecerat, teneri eum mandati, scilicet quondam pupillo suo vel curator ei.

18, 1, 46 Marcian. l. sing. de delator.

Non licet ex officio, quod administrat quis, emere quid vel per se vel per aliam personam Sed hoc ita se habet, nisi specialiter quibusdam hoc concessum est.

18, 1, 58 Papin. l. 10 quaest.

sive autem emptor sciebat vel ignorabat vel uterque eorum, haec optinent, quae in superioribus casibus pro aedibus dicta sunt. Das in superioribus casibus verweist auf fr. 57, das von Paulus ist (vgl. Gradenwitz, Interpolationen S. 93); unerträglich ist pro aedibus. Auch stände besser *sive uterque eorum.*

18, 3, 4 § 1 Ulp. l. 32 ad ed.

Sed quod ait Neratius habet rationem, ut interdum fructus emptor lucretur, cum pretium quod numeravit perdi(di)t: igitur sententia Neratii tunc habet locum quando emptor aliquam partem pretii dedit. Das „pretium quod numeravit“ wird Ulpian wohl für deutlich genug gehalten haben!

18, 6, 1 pr. Ulp. l. 28 ad Sab.

Sed si venditor se periculo subiecit, in id tempus periculum sustinebit, quoad se subiecit; quod si non designavit

tempus, eatenus periculum sustinere debet quoad degustetur vinum, videlicet quasi tunc plenissime veneat, cum fuerit degustatum. aut igitur convenit, quoad periculum vini sustineat, et eatenus sustinebit, aut non convenit, et usque ad degustationem sustinebit. Man glaubt den Schulmeister zu sehen! Uebrigens könnte schon das videlicet — degustatum Interpolation sein.

18, 6, 4 pr. Ulp. eod.

... an vero etiam die praeterito (ut si forte corrupta sint posteaquam dies degustandi praeteriit) periculum ad venditorem pertineat et rel. Mommsen stellt auch die Worte periculum ad — pertineat in die Parenthese, so dass pertineat von ut abhängt. Dann wäre zu an vero u. s. w. aus dem Vorhergehenden zu ergänzen: periculum acoris et mucoris venditor praestare debet, und könnte dann erst recht kein Zweifel sein, dass der ganze rein tautologische Satz ut si — pertineat Interpolation wäre. Nach unserer Setzung der Parenthese wollten die Compileratoren das die praeterito erläutern; das ut beruht auf Versehen oder ist im Sinne von velut genommen.

18, 6, 4 § 2 Ulp. eod.

Et est verius secundum ea quae supra ostendimus, aut interesse, quid de tempore actum sit, aut denunciare ei, ut tollat vinum: certe antequam ad vindemiam fuerint dolia necessaria, debet avehi vinum. Die Worte certe u. s. w. können sich unmittelbar an das Vorausgehende: videndum, ne infinitam custodiam non debeat venditor angeschlossen haben; wenn nicht, so ist das, was Ulpian gesagt hatte, gestrichen und durch das gesperrt Gedruckte ersetzt worden. Dass dies Interpolation sei, zeigt 1) das ei, welches auf den Käufer geht, von dem aber in § 2 noch nicht die Rede war, sondern nur vom Verkäufer; 2) die Alternative aut interesse — aut denunciare, welche ganz schief ist. Dieselbe so zu stellen: es komme entweder darauf an, was bezüglich des tempus vereinbart worden, oder es sei zu denunzieren, geht offenbar nicht. Vorgeschwebt hat aber folgendes: es kommt in erster Linie darauf an, ob eine Zeit für das avehere festgesetzt ist. Ist sie festgesetzt, dann ist dies massgebend; ist sie nicht festgesetzt, dann ist zu denun-

ziren. So erklärt sich der Infinitiv interesse, welcher in diesen Gedankengang passt, und dann auch den Infinitiv degustare nach sich gezogen hat; welcher schlechterdings nicht passt, da es sich hier nicht mehr um ein Urtheil handelt, sondern um einen Ausspruch, was geschehen soll.

18, 6, 5 Paul. l. 5 ad Sab.

Si per emptorem steterit, quo minus ad diem vinum toleret, postea, nisi quod dolo malo venditoris interceptum esset, non debet ab eo praestari. Si verbi gratia amphorae centum ex eo vino, quod in cella esset, venierint, si admensum (non) est, donec admetiatur, omne periculum venditoris est, nisi id per emptorem fiat. Wieder offenbar ein Schulbeispiel, das aber zuerst schön ordentlich die Regel bringt und dann das, wovon der Satz des Paulus allein spricht, als Ausnahme in dem Nisi-Satze unterbringt. Man bemerke übrigens, dass in dem die Regel angehenden Satze (si verbi gratia — venditoris est) die Worte si admensum non est absolut überflüssig sind; sie stehen bloss da, weil der Satz „nisi id per emptorem fiat“ es verlangt. Dieser Satz ist übrigens nichts weniger als schön: id, nämlich das vinum non admetiri (anderes lässt sich aus dem Vorhergehenden nicht suppliren) per emptorem fit!

19, 2, 55, 2 Paul. l. 2 sentent.

... ad solvendas totius temporis pensiones ex conducto conveniri potest, quatenus locatori in id quod eius interest indemnitas servetur. Die Redewendung „indemnitate in id quod interest servare“ spricht deutlich genug.

19, 2, 60 § 2 Labeo post. l. 5 a lav. epit.

... sed iudicem aestimaturum, an possis adversus furem magis agere et ab eo tuas res consequi fullonis videlicet sumptibus: sed si hoc tibi impossibile esse perspexerit, tunc fullonem quidem tibi condemnabit, tuas autem actiones te ei praestare compellet. Vor sed iudicem muss etwas ausgefallen sein wie respondi, actionem ex locato competere quidem. Einigermassen verdächtig ist sodann 1) iudicem, wofür man praetorem erwartet; 2) possis, wofür man debeas erwartet, da im Eingang des Fragments ja vorausgesetzt wird, dass der Kunde einen anderen beklagen kann, aber nicht will; 3) fullonis vi-

delicet sumptibus. Ganz sicher interpolirt ist aber das Folgende, worin auseinandergesetzt wird, was zu geschehen hat, wenn es bei der *actio locati* gegen den *fullo* sein Bewenden behält. Einmal zeigt dies der Uebergang in die directe Rede. Sodann stimmt das *condemnabit quidem, tuas autem actiones praestare compellet* nicht zur Technik des Formularprocesses. Nach dieser würde der *iudex* keineswegs den Beklagten verurtheilen und dann die Cession erzwingen (was er direct gar nicht kann), sondern dem Kläger die Cession aufgeben und falls derselbe nicht parirt, den Beklagten absolviren.

20, 1, 13 § 5 Marcian. l. sing. ad form. hyp.

. . . dicendum est, ante condicionem non recte agi, cum nihil interim debeatur; sed si sub condicione debiti condicio venerit, rursus agere poterit. Das gesperrt Gedruckte erklärt Enneccerus (Rechtsgeschäft, Bedingung u. s. w. S. 361) mit guten Gründen für interpolirt. Den stärksten Verdachtsgrund hat er aber nicht angeführt; es ist das bei den Interpolationen der Compileren so häufige aus der Construction Fallen: *rursus agere poterit* (der Kläger, der noch gar nicht genannt ist) statt *agi poterit*.

21, 1, 4 § 4 Ulp. l. 1 ad ed. aed. cur.

In summa si quidem animi tantum vitium est, redhiberi non potest, nisi si dictum est hoc abesse et non abest: ex empto tamen agi potest, si sciens id vitium animi reticuit; si autem corporis solius vitium est aut et corporis et animi mixtum vitium, redhibitio locum habebit.

Dieser ganze Paragraph sieht aus wie eine von den Compileren hinzugefügte „summa“. Man bemerke überdies: *si quidem — si autem*; das ganz selbstverständliche *et non abest* und das ebenso überflüssige *animi* vor *reticuit*. Ferner ist gegen den Nisi-Satz sachlich einzuwenden, dass im Falle des *dictum* aut *promissum* Käufer auf das Interesse klagen kann. Endlich macht das *vitium mixtum et animi et corporis* einen ganz byzantinischen Eindruck; in einem solchen Falle würde sich ein classischer Jurist begnügt haben, *vitium corporis* zu constatiren und hätte folglich gar kein Bedürfniss gehabt, eine dritte Kategorie von *vitia* aufzustellen.

21, 1, 25 § 8 Ulp. eod.

... ea autem quae ante iudicium contingunt non valde ad eum (iudicem scil.) pertinent, nisi fuerint ei nominatim iniuncta. Nominatim iniungere ist compilatorisch, aber auch der Hauptsatz kann unmöglich von Ulpian herrühren.

21, 1, 31 § 21 Ulp. eod.

... plerumque enim natio servi aut provocat aut deterret emptorem; idcirco interest nostra scire nationem: praesumptum etenim est quosdam servos bonos esse, quia natione sunt non infamata, quosdam malos videri quia ea natione sunt, quae magis infamis est. Zur Begründung des vorausgegangenen Satzes: „qui mancipia vendunt, nationem cuiusque in venditione pronuntiare debent“ genügen vollständig die Worte plerumque enim interest nostra scire nationem, und aus diesem Grunde (sowie auch wegen des provocat) sind mir schon die Worte natio servi aut — idcirco höchst verdächtig. Was aber mit praesumptum est angeknüpft wird, ist so hölzern und breitspurig und schränkt trotzdem das, was in „interest nostra scire nationem“ liegt, so ungeschickt ein, dass die Urheberschaft Ulpians zweifellos abzulehnen ist.

21, 1, 37 Ulp. eod.

Ut ecce plerique solent mancipia, quae novicia non sunt, quasi novicia distrahere ad hoc ut pluris vendant; praesumptum est enim, ea mancipia, quae rudia sunt simpliciora esse et rel. Das fängt ganz an wie ein Beispiel bei Theophilus, und das praesumptum est haben wir in der vorigen Stelle als sicher interpolirt angenommen. Indessen scheint hier Ulpianisches und Byzantinisches so ineinandergearbeitet zu sein, dass sich das Interpolirte auch nicht einmal mit einiger Wahrscheinlichkeit angeben lässt.

26, 7, 9 § 7 Ulp. l. 36 ad ed.

Non tantum autem sibi solvere tutor, verum etiam sibi creditam pecuniam scribere potest, ut Marcellus l. 8 digestorum scripsit, seque mutua pecunia poterit obligare sibi mutuatam proscribendo (perscribendo?) Dass bei den gesperrt gedruckten Worten an das Ausstellen eines Schuldscheins im Sinne des Institutionentitels III, 21 gedacht ist,

kann wohl kaum zweifelhaft sein. Ueberdies verrathen sich die Compileren einmal durch die schleppende Wiederholung von poterit und dann durch das ungeschickte sibi mutuam perscribendo. Dasselbe ist dem vorangegangenen sibi creditam pecuniam scribere gedankenlos nachgeschrieben und dabei nicht bedacht, dass dort das sibi von creditam abhängig ist; hier würde man erwarten pupillo mutuam perscribendo, da der Dativ hier doch wohl nur die Person bezeichnen kann, zu deren Gunsten das scribere erfolgt.

26, 8, 5 pr. Ulp. l. 40 ad Sab.

Nam in pupillum non tantum tutori rerum cuivis actionem in quantum locupletior factus est dandam divus Pius rescripsit. Die gesperrt gedruckten Worte sind höchst unnöthig und an unrichtiger Stelle eingeschaltet; sie müssten nach cuivis stehen.

32, 37 § 5 Scaev. l. 18 dig.

Codicillis ita scripsit . . . quaesitum est, an ad pecuniam depositam petendam sufficient verba codicillorum, cum hanc solam nec aliam ullam probationem habeat. respondi, ex his quae proponerentur, scilicet cum iusiurandum dedisse super hoc testator adfirmavit, credenda est scriptura. Es versteht sich ganz von selbst, dass die in dem Codicill stehende Versicherung des Testators, die Auszahlung eidlich versprochen zu haben, die Beweiskraft des Codicills selbst nicht erhöhen bzw. zuwebringen kann. Das gesperrt Gedruckte ist daher sicher interpolirt. Es ist aber allerdings noch mehr verdächtig: a) credenda est scriptura, statt des acc. c. inf.; b) habeat ohne Angabe des Subjects, welches bis dahin noch nirgends genannt ist. Da es überdies im höchsten Grade auffallend ist, dass Scaevola über eine Beweisfrage ein Responsum ertheilt haben soll, so wird man auch die Worte cum hanc — habeat und credenda est scriptura für Interpolation halten müssen.

39, 2, 15 § 17 Ulp. l. 13 ad ed.

Si ante hoc decretum (scil. secundum) alius quoque in possessionem missus fuerit, aequaliter ambo aedium fiunt domini, scilicet cum iussi fuerint possidere.

39, 2, 30 pr. Ulp. l. 81 ad ed.

... solet enim opus in alieno fieri, cum iure servitutis, quam quis habet alieno agro impositam, opus in alieno faciat. Das solet ist einfach inept.

Auch der § 2 desselben Fragments: Quod dictum est „aquae ducendae causa“ exempli gratia scriptum est: ceterum ad omnia opera stipulatio accomodabitur scheint mir ein Zusatz der Compileratoren zu sein.

41, 2, 39 Iulian. l. 2 ex Minic.

... nam si omittendae possessionis causa et hoc aperte fuerit approbatum, ad usucapionem possessio eius partibus non procederet (procedet?) Ueber aperte approbare zu vgl. Bd. VII dieser Zeitschrift, S. 28 sub VIII. Abgesehen von diesem formalen Indiz ist klar, dass die Rechtsfolge von der Thatsache abhängig ist und nicht vom Beweis derselben; vom Beweis dependirt der Erfolg des Processes. Der Zusatz klärt übrigens über die Beweislast auf. Ist das omittere possessionem hiernach nur ausnahmsweise das Gewollte, so erscheint die Interpolation in D. 16, 3, 17 § 1 doppelt ungeschickt.

50, 16, 54 Ulp. l. 62 ad ed.

Condicionales creditores dicuntur et hi, quibus nondum competit actio, est autem competitura, vel qui spem habent, ut competat. Dass die Worte vel qui u. s. w. hier, wohl im Hinblick auf Inst. 3, 15, 4: ex condicionali stipulatione tantum spes est debitum iri, von den Compileratoren beigelegt sind, beweist das et vor hi. Diejenigen, qui spem habent, sind eben die condicionales cr. im eigentlichen Sinne; wie aber das et zeigt, hat Ulpian von diesen vorher gesprochen.

Im Hinblick auf die in dieser letzten Serie vorkommenden begründenden Interpolationen ist es mir nun auch gar nicht mehr zweifelhaft, dass eine solche auch in den Worten quia nec natura debet der l. 41 de cond. indeb. (12, 6) vorliegt; vgl. Arch. f. d. civ. Prax. Bd. 69 S. 326 f. und Note 50.

Auch die vorstehende Sammlung macht durchaus nicht den Anspruch, eine vollständige zu sein. Dass die in dem ersten Beitrag gegebene es nicht sei, davon habe ich mich

noch vor dem Druck derselben überzeugen können, und gebe hier noch eine kleine Nachlese von Nisi-Sätzen, darunter auch zwei aus dem Codex. Die beiden Stellen D. 26, 2, 10 § 4 und 36, 1, 68 § 1 verdanke ich dem Mitherausgeber dieser Zeitschrift Pernice.

13, 6 l. 5 § 2 Ulp. l. 28 ad ed.

... dolum in deposito: nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus: nisi forte et merces accessit, tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur, aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is apud quem deponitur. Ich will nicht bezweifeln, dass eine Kaiserverordnung des angegebenen Inhalts existierte, nur wird dieselbe nicht gesagt haben, dass dann das Verhältniss depositum sei. Dagegen unser Nisi-Satz subsumirt, eben weil es ein Nisi-Satz ist, das Verhältniss unter den Begriff des depositum und das kann Ulpian, angesichts seiner Aeusserungen im 30. Buch seines Edictscommentars (l. 1 § 8 sqq. depos.) nicht geschrieben haben. Ferner ist culpam exhibere ganz ungeheuerlich; es ist der Wendung diligentiam exhibere nachgebildet, aber dabei übersehen, dass exhibere eben nicht denselben Doppelsinn hat, wie praestare (diligentiam praestare und culpam praestare). Der Rest aut si hoc u. s. w. ist ganz in der Art vieler in dem ersten Beitrag zusammengestellter Nisi-Interpolationen.

D. 24, 3, 8 pr. Paul. 7 ad Sabin.

Si fundus in dote datus sit, in quo lapis caeditur, lapidicinarum commodum ad maritum pertinere constat, quia palam sit eo animo dedisse mulierem fundum, ut iste fructus ad maritum pertineat, nisi si contrariam voluntatem in dote danda declaraverit mulier. Auffallend ist hier übrigens schon die Begründung quia palam sit u. s. w. Man sollte vielmehr erwarten, dass einfach darauf abgestellt wird, dass das commodum lapidicinarum innerhalb wirtschaftlicher Grenzen eben fructus ist, zumal diese Anschauung nach l. 9 § 2 de usufr. 7, 1 schon von Sabinus vertreten wurde. Indessen muss man vorsichtig sein, da sich mangelhafte Begründungen bei Paulus nicht selten finden; er gehört eben, wie auch Ulpian, schon der Zeit des be-

ginnenden Verfalls der Jurisprudenz an. Sind beide lange genug überschätzt worden, so wird eine fortschreitende Erkenntniss der Interpolationen uns vor der Ungerechtigkeit bewahren, denselben Sachen zuzuschreiben, welche ihnen fremd sind.

D. 26, 2, 10 § 4 Ulp. l. 36 ad Sab.

Potest igitur et huic fideicommissaria libertas defendi, si voluntas apertissime non refragatur. Bei fideicomm. libertas absolut selbstverständlich und wegen des apertissime noch besonders verdächtig. Mir däucht aber, dass der ganze folgende Passus:

potest autem quis et extraneo servo defendere ex hac causa fideicommissariam libertatem: quid enim interest, suum servum an alienum tutorem scripserit, cum pupilli favore et publicae utilitatis adsumpta libertas sit in persona eius, qui tutor scriptus est. Potest igitur etc.

interpolirt sei. Ulpian geht vorher nur so weit, dass er bei Ernennung eines fremden Sklaven zum Tutor die Bedingung si liber erit, subintelligirt und Justinian berichtet im Jahr 531 (C. 6, 27 l. 5 § 1^b) nur, dass die Ernennung eines eigenen Sklaven zum Tutor zugleich dessen Freilassung implicirte, womit Paulus D. 26, 2 l. 32 § 2 und Cod. 7, 4, l. 10 pr. übereinstimmt. Möglich wäre nun immerhin, dass Justinian a. a. O. nicht vollständig berichtet, und aus dem Schweigen des Paulus möchte ich ohnehin nicht argumentiren. Allein höchst bedenklich ist: a) potest quis servo libertatem defendere (welches im Schlusssatz nochmals kommt); b) libertas adsumpta sit; c) in der Begründung finde ich benützt die l. 10 pr. C. cit.: receptum est et libertatis et pupillorum favore, aus dem favor libertatis ist aber favor publicae utilitatis geworden; meines Wissens statuiren die classischen Juristen manches utilitatis publicae causa, aber von favor sprechen sie bezüglich der utilitas publica nicht. d) Wegen der Frageform der Begründung zu vergl. Nr. II meiner Interpolationskriterien, Bd. VII dieser Zeitschrift S. 23.

Ist diese Ansicht richtig, dann ist auch Cod. 7, 4, l. 10 § 1 interpolirt. Dieser Passus ist übrigens viel besser redigirt, als die meisten Digesten-Interpolationen. Doch verräth

die Compileren a) *suum proprium* (*servum*): im pr. steht nur *suum*; b) *tutorem adscripserit*; im pr. steht *dederit*, dagegen *adscripta libertate*; c) ganz besonders *nisi aliud evidenter defunctum sensisse appareat*.

D. 30, l. 57 Ulp. l. 33 ad Sab.

Si res obligata per fideicommissum fuerit relictā, si quidem scit eam testator obligatā, ab herede luenda est, nisi si animo alio fuerit; si nesciat, a fideicommissario, nisi si vel hanc vel aliam rem relicturus fuisset, si scisset obligatā . . .

Dass diese Nisi-Sätze wahrscheinlich interpolirt sind, bedarf nach früheren Bemerkungen keiner weiteren Ausführung. Das Fragment scheint aber auch sonst nicht ganz geheuer, so ist z. B. sehr anstössig das *Präsens* *si scit* und *si nesciat*.

36, 1, 68 § 1 Paul. l. 2 fideicomm.

Etiam absentis procuratori, si desideraret, posse restitui hereditatem ex hoc sentusconsulto Iulianus scripsit, si tamen caveat de rato habendo, si non evidens absentis voluntas esset.

Schon das *si desideraret* ist anstössig, weil völlig nichtssagend; es könnte auch Glossem sein. Was aber den Satz *si non — esset* betrifft, so stellt er nicht, wie noch Papinian in Vat. fr. 333 thut, darauf ab, dass *mandatum perseverat*, sondern darauf, dass die *Mandatsertheilung* zweifellos sei, gerade so wie die interpolirte l. 1 C. de procur. 2, 12 (meine Cognitur S. 149 f.). Das kann Julian nicht geschrieben und Paulus nicht als die Meinung Julians berichtet haben. Man kann allerdings zur Noth die Worte *si non evidens voluntas esset* auf den gegenwärtigen Willen des Abwesenden beziehen, aber dann wäre der Satz erst recht von den Compileren, da dann nur an einen *procurator apud acta factus* gedacht werden könnte, den Julian noch nicht gekannt hat und den Paulus als *procurator absentis* nicht bezeichnet haben würde. — Auch dieser Satz könnte übrigens Glossem sein, aber vorjustinianisches, wie ich ein solches gleichfalls auf die *Procuratur* bezüglichen in den Institutionen des Gaius 4, 84 gefunden zu haben glaube (Cognit. und Procur. S. 143 ff.).

40, 7 l. 3 § 5 Ulp. l. 27 ad Sab.

Si decem iussus dare et liber esse quinque det, non pervenit ad libertatem, nisi totum det; interim igitur vindicare quinque nummos dominus eorum potest. Der Nisi-Satz, wenn auch inhaltlich nicht zu beanstanden, erweist sich durch seine logische Incorrectheit als Interpolation; denn in Wahrheit setzt er nicht eine Ausnahme von dem Thatbestand si — quinque det, sondern er hebt diesen Thatbestand auf.

C. IV, 1, 1 Antoninus 213.

Causa iureiurando ex consensu utriusque partis vel adversario inferente delato et praestito vel remisso decisa nec periurii praetextu retractari potest, nisi specialiter hoc lege excipiatur. Dieser Ausnahmesatz verräth durch seine Ueberflüssigkeit und durch das specialiter, dass er von den Compilatoren herrührt. Das Motiv für die Hinzufügung scheint aber folgendes gewesen zu sein. Uns ist eine klare Einsicht in die Bedeutung und Anwendungssphäre der verschiedenen Eide des römischen Civilprocesses erst durch das schöne Buch von Demelius (Schiedseid und Beweiseid im römischen Civilprocess, 1887) eröffnet worden; wir dürfen es den Compilatoren nicht zu sehr verdenken, wenn sie manchen vom Eid sprechenden Stellen des classischen Rechts nicht die richtige Beziehung gaben. So bezogen sie die Worte vel adversario — remisso, die im Sinne des Rescripts zweifellos auf das iusiurandum in iure delatum (im Falle des Edicts si certum petetur) Bezug haben, fälschlich auf den Eid in iudicio, und hier mussten sie dann allerdings, vgl. l. 31 de iureiur. 12, 2, die Möglichkeit von Ausnahmen andeuten, während bei einem iusiurandum in iure delatum keine Ausnahme vorkam.

Vielleicht ist auch das vel remisso von den Compilatoren eingeschoben, welches zu dem „nec periurii praetextu“ schlecht genug passt.

C. 4, 65, 3 Antoninus 214.

Diaetae quam te conductam habere dicis, si pensionem domino insulae solvis, invitum te expelli non oportet, nisi propriis usibus dominus esse necessariam eam probaverit aut corrigere domum maluerit aut tu male in re locata versatus es. Jhering hat in seinem Besitzwillen S. 444 ff. sich mit dieser Stelle (die er übrigens

irrthümlich für eine Constitution von Antoninus Pius hält) unnöthige Mühe gegeben. Die Hand der Compileren ist kenntlich 1) an dem Ausdruck *corrigere domum*, 2) an dem Gebrauch von *malle* für *velle*; überdies würde die Befugniß zur Vertreibung vom Kaiser doch wohl abhängig gemacht worden sein davon, dass der Eigenthümer das Gemach selbst nöthig hat, nicht davon, dass er dies nachweist. Vom Beweis ist ja abhängig nicht irgendwelche Rechtswirkung, sondern der Erfolg im Process. So heisst es ganz correct in zahlreichen Constitutionen: wenn du das und das beweisest, wird der *praeses provinciae* das und das vorkehren.

II.

Zu Papinians Biographie.

Von

Th. Mommsen.

Unter den nicht zahlreichen Nachrichten, die uns über Papinians Lebensumstände aufbehalten sind, steht in erster Reihe das achte Capitel der Biographie Caracallas: *Papinianum amicissimum fuisse imperatori Severo et, ut aliqui loquuntur, adfinem etiam per secundam uxorem memoriae traditur et huic praecipue utrumque filium a Severo commendatum [eumque cum Severo professum sub Scaevola et Severo in advocacione fisci successisse] atque ob hoc concordiae fratrum Antoninorum fuisse* und so weiter. Die hier eingeklammerten Worte sind nichts als eine dreiste Interpolation.

Es fehlt ihnen erstens die handschriftliche Gewähr. Die Kritik der Kaiserbiographien ruht auf der vaticanischen Handschrift Pal. 899, und zwar allein auf dieser, da, wie ich an einem anderen Orte nachweisen werde, die jetzt als parallel geltende Bamberger nichts ist als eine alte Abschrift der

vaticanischen. Die fraglichen Worte giebt weder der Schreiber noch der alte Corrector des Originals und ebensowenig die Bamberger Abschrift; sie sind in der vaticanischen Handschrift auf f. 71' von einer anderen Hand, als die des alten Correctors ist, und offenbar erst nach Anfertigung der Bamberger Abschrift nachgetragen. Diese Hand setzen die Herren Mau und Stevenson in das XIII. Jahrhundert, den ursprünglichen Schreiber und den gleichzeitigen Corrector in das X.; sie ist verschieden von einer oder mehreren des XIV. oder XV. Jahrhunderts, die vielfach in der Handschrift herumcorrigirt haben. Vollständig fest steht es, dass, abgesehen zunächst von unserer Stelle, alle in die vaticanische Handschrift nach Anfertigung der Bamberger Abschrift eingetragen und in dieser nicht wiederkehrenden Correcturen kritisch werthlos und keineswegs geeignet sind die an sich wenig glaubliche Annahme, dass die Handschrift späterhin nach einem zweiten Original durchcorrigirt ist, zu unterstützen.

Zweitens widerlegt die Einschaltung sich selbst, insofern sie den klaren Zusammenhang aufhebt: die Empfehlung der beiden Söhne an Papinian und dessen Bemühen um die Eintracht der Brüder gehören deutlich zusammen. Bei der von dem neuesten Herausgeber vorgeschlagenen Versetzung der Einschaltung nach *imperator Severo* wird dieser Fehler nicht gehoben, sondern nur verschoben: damit werden die Freundschaft und die Verschwägerung auseinander gerissen. Den Stempel der Interpolation, der hier zu Tage tritt, bestätigt weiter die gleich den übrigen von *memoriae traditur* abhängig gemachte, ebenso sinnwidrige wie grammatisch zulässige Gestaltung des Zusatzes.

Für den Philologen ist damit die Sache insofern entschieden, als die Ausscheidung des Zusatzes sich als nothwendig erwiesen hat. Sachlich bleibt die Frage noch zu beantworten, wie eine derartige Interpolation hat entstehen können.

Dass Severus als *advocatus fisci* seine Laufbahn begonnen hat, steht ausser bei Victor (Caes. 20, 30) auch im Leben des Geta c. 2 und kann daher entlehnt sein. Aber dass Severus und Papinianus zusammen unter Scaevola der Rechtswissenschaft obgelegen haben und Papinian dem späteren Kaiser als *advocatus*

catus fisci nachgefolgt ist, wird nur durch unsere Stelle bezeugt. Anstoss giebt in derselben *profiteri sub aliquo*, welches kaum etwas anderes bedeuten kann als was sonst durch *audire aliquem* ausgedrückt wird; es scheinen in jenem Ausdruck das Respondiren des fertigen Juristen und die Assistenz des Schülers in einander zu laufen. Aber beides mag auch faktisch sich verbunden haben, und auf keinen Fall würde ein blosser schiefer Ausdruck in einer so übel abgefassten Sammlung an sich zu kritischen Zweifeln berechtigen. Sachlich und chronologisch erscheinen die Angaben durchaus probabel: der Kaiser Severus (146—211) muss etwas älter gewesen sein als Papinian und bei dem hauptsächlich unter Marcus thätigen Scaevola können füglich beide sich für ihre amtliche Laufbahn vorbereitet haben.

Es soll nicht in Abrede gestellt werden, dass die unabweisliche Annahme der Interpolation auch ihrerseits starke Bedenken erregt.

Es ist auffallend, dass sie, wie eben gezeigt ward, mit den anderweitig feststehenden Thatsachen und Zeitbestimmungen sich inhaltlich gut verträgt. Indess damit wird man sich eben abfinden müssen; die Annahme, dass der Interpolator aus einer uns verlorenen Quelle sachlich richtige Angaben geschöpft hat, ist noch viel unwahrscheinlicher als die, dass er ausnahmsweise mit Verstand und mit Glück gefälscht hat.

Es ist ebenfalls auffallend, dass es für diese Interpolation an jeder Anknüpfung zu fehlen scheint. Indess vielleicht steht sie doch nicht allein. Eine wenigstens sachlich verwandte findet sich am Schluss der Biographie Alexanders: hier sind in das Verzeichniss der namhaften Staatsmänner aus Alexanders Zeit die Worte eingelegt: *Pomponius legum peritissimus, Alphenus, Aphricanus, Florentinus, Martianus, Callistratus, Hermogenes, Venuleius, Triphonius, Metianus, Celsus, Proculus, Modestinus: hi omnes iuris professores discipuli fuere splendidissimi Papiniani et Alexandri imperatoris familiares et socii, ut scribunt Acholius et Marius Maximus*. Dass dies von einem mit den Namen der Pandektenjuristen ebenso vertrauten wie hinsichtlich ihrer Chronologie im Stande der Unschuld befangenen Fälscher zugesetzt ist, liegt auf der Hand; die beiden Gewährsmänner hat er den

Kaiserbiographien entnommen. Es liegt nahe dies gefälschte Verzeichniss der Schüler Papinians mit der seinen Lehrer und seinen Mitschüler angebenden Fälschung in Verbindung zu bringen, und wer also beliebige Gewährsmänner seinen Fiktionen beischrieb, konnte auch den Nachfolger des Severus in der Staatsanwaltschaft entdecken. Könnte man beide Zusätze auf dieselbe Quelle zurückführen, so wäre das Befremden, welches jene Interpolation erweckt, einigermassen verringert. Allein dieser Zurückführung stellen sich Schwierigkeiten entgegen, die ich nicht zu heben vermag. Woher die letztgenannte Interpolation stammt, ist ungewiss. Nicht bloss die guten Handschriften, sondern auch, soweit der gedruckte Apparat reicht, die geringeren und selbst die ältesten Ausgaben haben sie nicht; sie erscheinen zuerst mit manchen gleich schlechten in der Venezianer Ausgabe von 1489 aus unbekannter Quelle. Es ist möglich, dass diese Zusätze alle auf eine übrigens werthlose verschollene Handschrift zurückgehen und dass der Corrector der vaticanischen einen derselben aus der gleichen Quelle aufgenommen hat, während er die anderen ignorirte; als wahrscheinlich freilich kann ich selber diese Hypothese nicht bezeichnen.

Bedenklich endlich bleibt auch die Altersfrage. Die Interpolation im Alexander sieht ganz danach aus, als wäre sie ungefähr in der Zeit entstanden, in welcher sie auftritt; und wenn die Einlage im Caracalla eine Fälschung ist, so kann sie auch nur einer Epoche zugeschrieben werden, welche den Papinian kannte und verehrte. Man möchte gern dafür den gleichen Termin ansetzen; indess auch im XIII. Jahrhundert wird eine solche Interpolation nicht allzusehr befremden.

III.

Inschrift von Kos.

Von

Th. Mommsen.

Für das römische Appellationsverfahren ist ein auf der Insel Kos zum Vorschein gekommenes Bruchstück von Wichtigkeit; dasselbe ist von den HH. Hauvette-Besnault und Dubois im Bull. de corr. hell. 5 (1881) S. 237 publicirt und kürzlich abermals von Herrn W. R. Paton in Aberdeen abgeschrieben und abgeklatscht worden, welcher letztere durch meinen Freund Ramsay mir diesen Text in Abschrift und Abdruck mitgetheilt und die Veröffentlichung an dieser Stelle bereitwillig gestattet hat. Bei der schwierigen und keineswegs überall gesicherten Ergänzung habe ich sprachlich und sachlich Kaibels und Pernices Rath und Hülfe in Anspruch nehmen dürfen.

.
 [φανερὸν δ' ἐκ τοῦ ὑμετ]έρον ψηφίσμα-
 [τος, ὅτι ὁ δεῖνα τὴν ἑκκ]λησιν ἔθετο ἐπὶ
 [τὸν δεῖνα, εἰ καὶ ἦσ]θόμην ἐπηρείας
 [χάριν] αὐτὸν [τοιο]ῦτο πεποιηκέναι. Δε-
 5 [ήσει τ]οίνυν, εἰ μὲν ἐπὶ τὸν Σεβαστὸν
 [ἡ ἑκ]κλησις γέινεται, πρὸτ[ε]ρον ἐμὲ
 [ἔξει]άσαι τὴν αἰτίαν, εἰ δὲ ἐπ' ἐμέ, τὸ
 [παρὸ]ν ἀξιόχρεως λαβεῖν τοὺς ἄρ-
 [χοντ]ας δειναρίων δισχειλίων π[ε]ν-
 10 [ταχοσίων κατὰ] τὸ προτεθὲν ὑπ' ἐ[μ]οῦ [ἢ δι-]

4 ///ΛΥΤΟΝ ///(oder Υ)ΤΟ Paton, ΛΥΤΟΙ ///ΤΟ Bull. — 4.5 δε[τ]
 μέν]τοι νῦν Paton. — 5 ΕΙΜΕΝΕΠΙΤΟΝ fehlt Bull. — 6 ΓΕΙΝΕΤΑΙ
 ΙΙΡΟΙ/ΡΟΝ Paton, ΓΕΙΝ/Τ///ΟΙ L Bull. — ΕΜΕ Paton, ΕΜΕΙΝ Bull. —
 7 ΕΜΕ Paton, ΕΠΕ Bull. — 9 a. E. Π/Ν Paton, ΠΛ Bull. — 10 ΙΙΙΙΙ///
 ΙΟΙΙΡΟΤΚ/ΕΝ Paton, ΙΙΙΙΙ/ΟΙΙ L/ΤΕ//Ν Bull., ΥΠΕΙ/Ο/Σ Kaibel nach
 dem Abklatsch: 'das letzte Zeichen sieht ganz anders aus als die übrige
 Schrift und ist wohl gar kein Buchstab'; ΙΙΙΕΙ/Ο/Σ Paton, ΥΠΕΙΟ/

[ἀταγ]μα διὰ τοὺς φυγοδικοῦντας. (leerer Raum)

¹ . . .ς πρὸς ταῦτα μὴ γ

.

Bull. Auch mir erschien das Schlusszeichen, wie Kaibel es giebt; die Ergänzung ist also unsicher; *διάταγμα*, was Pernice vorschlägt, passt sachlich besser als Ramsays *σχῆμα*. — *ΦΥΓΙΘΑ/ΚΟΥΝΤΑΣ* Paton.

² *ΜΗΓ* Paton, *ΥΝ* Bull. — Wo nichts angemerkt ist, bestätigt der Abklatsch Patons Lesungen.

Zweifelloos ist dies das Bruchstück eines Schreibens des Proconsuls der Provinz Asia an die freie Stadt Kos. Es handelt sich allem Anschein nach um eine Appellation, deren Einlegung der Proconsul missbilligt; denn *ἐπηρείας* [χάριν] heisst wohl nichts anderes als *iniuria*, *non iuste*. Der Appellant, der *αὐτὸς* der Z. 4, muss wohl der Vertreter der Stadtbehörde, ihr *ἐκδικος* oder *σύνδικος* sein, theils weil der Proconsul aus einem Decret derselben von der Appellation erfährt, theils weil das für das Succumbenzgeld erforderliche Versprechen von den Archonten gefordert wird ¹⁾. Sonst erhellt weder der Gegenstand des Rechtsstreits noch warum der Statthalter die Appellation schon in diesem Stadium tadelt. Ausgesprochen war nur die Appellation selbst, nicht die anzurufende Behörde; es bestand die Alternative, wie sie in dem Hadrianischen Reglement für die der freien Stadt Athen zukommenden Oellieferungen (C. I. A. III, 39) aufgestellt wird: den Process entscheidet die Bule entweder allein oder mit Zuziehung der Volksgemeinde, die Appellation aber geht an den Kaiser oder an den Proconsul (*ἐὰν δὲ ἐκκαλέσῃται τις ἢ ἐμὲ ἢ τὸν ἀνθύπατον, χειροτονεῖτω συνδίκους ὁ δῆμος*). In dem ersten Fall behält sich der Statthalter die Prüfung vor, ob er dieser Appellation stattgeben will oder nicht. In dem zweiten Fall will der Proconsul zunächst die Archonten verantwortlich machen für die Succum-

¹⁾ Wäre es sprachlich zulässig *ἀξιόχρεως* als Substantiv zu fassen, also zu übersetzen: 'es müssen die Archonten Bürgen nehmen zum Be-
lauf von 2500 Denaren', so würde sich die Sache viel einfacher stellen:
dann würde der Process zu denken sein als geführt von zwei Privaten
vor dem städtischen Gericht und wiese der Proconsul dieses an die
Bürgschaft zu fordern. Aber es ist dies sprachlich wohl nicht möglich.
Uebrigens besteht auch bei dieser Annahme alles, was weiterhin über
diese Inschrift ausgeführt ist.

benzsumme, also sie anhalten dieselbe zu versprechen, wie das wegen (διὰ) der zu Unrecht Appellirenden ergangene proconsularische Edict dies vorschreibt; denn dies wird gemeint sein. Dies entspricht dem allgemeinen bei Paulus sent. 5, 33 erörterten Verfahren: die Summe kann deponirt werden, wird aber in der Regel promissorisch sicher gestellt. Dass das Unterliegen im Appellationsverfahren hier als *πυγοδικεῖν* bezeichnet wird, ist angemessen, insofern die Succumbenzsumme als verwirkt galt, wenn die Appellation nicht oder nicht gehörig begründet ward — im gleichen Sinn nennt Diocletian (cod. Iust. 7, 62, 6, 6) diese Bürgschaften *cautiones de exercenda provocatione*, und die *moratoriae cautiones* (Paul. 5, 35, 2) mögen nichts sein als besondere ausdrücklich gegen die Verschleppung der Rechtfertigung der Appellation gerichtete Clauseln. Die Processualisten werden dies Document in Zukunft mit zu berücksichtigen haben.

Aber es hat auch staatsrechtliches Interesse. Einmal ist es für die Stellung der freien Städte von Wichtigkeit, dass sowohl von Athen wie von Kos nicht bloss an den Kaiser, sondern selbst an den Proconsul appellirt werden kann, obwohl noch Kaiser Traianus sich nicht das Recht zuschreibt ein Decret der freien Stadt Amisus im ordentlichen Wege Rechtens zu cassiren (Staatsrecht 3, 688). Nicht minder bemerkenswerth aber ist es, was Ramsay mit Recht der Inschrift entnahm, dass der Statthalter danach der Appellation an den Kaiser und überhaupt wohl der Beschickung des Kaisers aus seiner Provinz Folge zu geben wohl berechtigt, aber nicht verpflichtet ist. Es ist dies für die Unterthanengemeinde schon von mir angenommen worden (Staatsrecht 3, 742); hier wird es nun sogar auf die freie Gemeinde angewandt. Dass die Ablehnung eines derartigen Gesuchs für den Statthalter auch bedenklich werden konnte, leuchtet andererseits auch ein.

Zu Z. 2 bemerkt Kaibel: „ἔθετο τὴν ἑκκλησίαν ist eine ungewöhnliche Ausdrucksweise; für *appellare* oder *appellationem facere* würde man ἐποιήσατο τὴν ἑκκλησίαν erwarten. Vielleicht soll jenes nicht ‘Berufung einlegen’, sondern ‘Berufung anmelden’ heissen und ist zu ergänzen [ὅτι δικαίως τὴν ἑκκ]λησίαν ἔθετο.“ Ausserdem fügt er hinzu: „Die grie-

chische Benennung der Caution *παραβόλιον* ist bei Pollux 8, 63 überliefert. *παραβόλιον* und *φυγοδικεῖν* stehen zusammen in dem Schreiben des Proconsuls P. Cornelius Scipio an die Stadtgemeinde Thyateira (Viereck sermo Graecus quo senatus p. q. R. usi sunt n. VIII = Bull. de corr. hell. 10, 399), das freilich, zerstört wie es ist, eine sichere Erklärung nicht zulässt, aber ebenfalls einen Fall der Appellation behandelt.“

IV.

Zu Cicero de legibus II, XIX—XXI.

Von

Herrn Dr. B. Kübler

in Braunschweig.

Im 9. Bande dieser Zeitschrift hat Burckhard die schwierigen Capitel 19—21 aus dem zweiten Buche von Ciceros Schrift über die Gesetze eingehend besprochen. Er prüft mit grosser Sorgfalt alles, was bisher über diese Stelle vorgebracht ist, interpretirt sehr klar den überlieferten Text, den er mit Vorsicht und Bedacht behandelt, zeigt vor allem, wo die Hauptschwierigkeiten stecken, und giebt, nachdem er die früheren Erklärungen widerlegt hat, seine eigene Lösung der Aporia. Wir geben zu, aus seiner lichtvollen Erörterung ungemein viel gelernt zu haben; aber mit seinem Resultate können wir uns nicht einverstanden erklären. Wir müssen vielmehr noch einmal auf diese Frage zurückkommen, und wollen unsererseits versuchen, mit unserem Laienverstande Ciceros Worte zu deuten. Es sollte uns freuen, wenn es uns dadurch gelänge, die Ehre der Philologen zu retten, welche Burckhard in seinem Aufsatz in ähnlicher Weise anzapft, wie Cicero an jener Stelle die Juristen.

Es handelt sich an der fraglichen Stelle um die *sacra privata*, deren Ableistung man, wie es scheint, häufig als eine

unbequeme Last ansah, welche man sich gern von den Schultern wälzte. Namentlich bei Erbschaftstheilungen mochte es oft vorkommen, dass der eine der Erben dem anderen diese unangenehme Beigabe zuzuschieben suchte, und hierbei traten denn mancherlei schwierige Fragen zu Tage. Cicero macht nun den Priestern den Vorwurf, zumal den beiden Mucius Scaevola, sie hätten in solchen Fällen das Interesse der betreffenden Erben über dasjenige der *sacra*, das ihnen zuerst hätte am Herzen liegen müssen, gestellt, oder der Jurist hätte es in ihnen über den Priester davongetragen. Sie hätten selbst den Erben die Kniffe und Pfiße gezeigt, die ihnen geholfen hätten, sich von jener Last der *sacra* zu befreien. Als leitender Grundsatz, sagt Cicero, galt, dass die Pflicht der *sacra* dem auferlegt wurde, der das Vermögen erhielt (§ 48 *ut . . iis essent ea (sacra) adiuncta, ad quos eiusdem morte pecunia venerit*). Wer war das aber? Darauf antworten die Scaevola mit fünf Fällen, nämlich 1) der Erbe. 2) Derjenige, welcher *morte testamentove* ebensoviel erhält, als alle Erben zusammen. 3) Wenn kein Erbe da ist, *qui de bonis, quae eius fuerint, quom moritur, usu ceperit plurimum possidendo*. 4) Im Falle, dass auch ein solcher nicht existire, der etwas erhalten habe, derjenige aus der Zahl der Gläubiger des Verstorbenen (so ist doch wohl *de creditoribus eius* zu verstehen), der am meisten rette (*qui plurimum servet*). 5) Der Schuldner des Verstorbenen, der seine Schulden an niemand zu bezahlen habe, gelte als Empfänger. Die Früheren, fährt Cicero fort, unterscheiden nur drei Fälle; auf diese kommt uns hier nichts an, da Cicero den Priestern folgt.

Nachdem nun der Hauptsatz, dass die *sacra* mit der *pecunia* zusammengehören, noch einmal wiederholt ist, werden die Schliche besprochen, durch die man diesen Satz zu umgehen sucht. Es sind deren drei, und sie werden zweimal aufgeführt, zuerst in §§ 50. 51 und nachher in § 53. Dazwischen steht in § 52 eine Apostrophe an die beiden Scaevola, in denen diesen beiden Juristen ihre Rabulisterei scharf vorgehalten wird. Der erste der drei Schliche ist allerdings im § 50 nicht erwähnt, wir lernen ihn aber aus der zweiten Stelle kennen. Er besteht darin, dass der Erblasser, der dem Legatar ebensoviel vermachte als den Erben zusammen, eine

kleine Summe, gewöhnlich 100 nummi, von dem Legate abzog. War das nicht geschehen, sei es unbewusster Weise oder in bewusster Absicht, so half sich der Legatar dadurch, dass er nicht das ganze Legat nahm, sondern etwas weniger. Der dritte Ausweg war der, dass der Legatar die Erben durch *nexi liberatio* befreite, sich aber zugleich, wie wir allerdings erst aus § 53 lernen, des Legats durch Stipulation versicherte. Sehen wir davon ab, dass der erste Ausweg erst an der zweiten Stelle (§ 53) von Cicero erwähnt wird und daher der § 50 für den Uneingeweihten recht schwer verständlich ist, auch das *atque etiam dant hoc Scaevolae* sich nicht ganz leicht an das Vorangehende anschliesst, so ist alles völlig klar. Es steht aber im § 51 noch ein Satz, der beim ersten Anblick absolut nicht in den Zusammenhang zu passen scheint und der deshalb auch von mehreren als Interpolation getilgt worden ist. Wir setzen die ganze Stelle noch einmal hierher:

Atque etiam dant hoc Scaevolae, quom est partitio, ut, si in testamento deducta scripta non sit ipsique minus ceperint quam omnibus heredibus relinquatur, sacris ne alligentur. in donatione hoc idem secus interpretantur et quod pater familias in eius donatione, qui in ipsius potestate est, adprobavit, ratum est, quod eo insciente factum est, si id is non adprobat, ratum non est.

Die Worte von „in donatione hoc idem“ an sind es, welche den Ausgangs- und Endpunkt von Burckhards Abhandlung bilden. „Was für eine Schenkung ist es“, fragt er, „um die es sich hier handelt? Wer ist der schenkende *paterfamilias*, der entweder in eigener Person schenkt oder die Schenkung seines Hauskindes gestattet, bezüglich nachträglich *ratihabirt*? Was ist es, was die *pontifices*, und zwar die *Scaevolae*, hier anders interpretiren? Und was ist dasjenige, was vorher Gegenstand der Interpretation ist und wovon eben bei solcher Schenkung die Interpretation abweicht?“

Wenn man den Wust ansieht, der von Philologen und Juristen zu Beantwortung dieser Fragen zusammengeschleppt ist, kann einem angst und bange werden. Die richtige Antwort ergiebt sich aus der einfachen und ungezwungenen Interpretation der Worte Ciceros. Bevor wir sie aber geben, müssen wir Burckhards Lösung mit einem Blick betrachten. Er hält

donatio mortis causa für ausgeschlossen und versteht unter *donatio* hier *donatio inter vivos*, und zwar handelt es sich nach ihm „um eine Schenkung des *legatarius partiaris*, um eine Minderung des erworbenen Vermächtnissbetrages durch seine bezüglich seines Hauskindes unentgeltliche Veräußerung“. Es stand dem Legatar frei, um sich von der Last der *sacra* frei zu machen, seine Rechte nicht auf den ganzen Umfang der ihm legirten Güter geltend zu machen; er durfte zwar nicht einen Theil des Legats *repudiare*, wenn er nicht auf das ganze Legat verzichten wollte, aber er konnte es unterlassen, alles und jegliches, was zum Legate gehörte, in Besitz zu nehmen. Starb er, so konnte sein Erbe nachträglich die betreffenden Güter nachfordern. So wird von Burckhard das *minus capere* richtig erläutert. Es gab aber nach ihm auch einen anderen Ausweg. Der Legatar konnte auch einen Theil des Legats verschenken oder durch seinen Haussohn verschenken lassen, und sich dann darauf stützen, dass er doch thatsächlich nicht soviel habe, als die übrigen Erben zusammen; denn auf das thatsächliche „Haben“ komme eben alles an. Soweit seien nun die *Scaevolae* nicht gegangen, und bei einer solchen *donatio* hätten sie eine andere Interpretation gegeben.

Wir unsererseits können, wenn wir von der philologischen oder besser gesagt grammatischen Auslegung der Stelle ganz absehen, zu dieser Erklärung nur sagen: Wenn das juristisch möglich ist, so scheint uns allerdings *summum ius* identisch zu sein mit *summa iniuria*. Was für einen rechtlichen Zusammenhang hat eine solche Schenkung mit der Frage, auf die es hier allein ankommt, wer von den Gütern des Verstorbenen mehr erlangt habe, die Erben oder der Legatar? Es ist eine Wortverdrehung schlimmster Art, wenn auf das „Haben“ der ganze Nachdruck gelegt wird; nicht darauf kommt es an, *quis* (oder *uter*) *plus habeat*, sondern *quis plus capiat*, und zwar *quis plus capiat morte*. Und wozu vollends erst der Ausweg, dass der Legatar nicht selbst schenkt, sondern durch einen Sohn schenken lässt! Wir glauben nicht, dass sich diese gekünstelte Erklärung viel Freunde erwerben wird.

Suchen wir also die oben angeführten Fragen Burckhards richtiger zu beantworten.

I. „Was für eine Schenkung ist es, um die es sich hier handelt?“ Eine *donatio mortis causa*, wie fast alle annehmen, und wie der Zusammenhang und die Stellung des Wortes *donatio* erfordert. Im Gegensatz zu „*quom est partitio*“ ist „*in donatione*“ hier in signifikanter Weise, wie wir Philologen uns auszudrücken pflegen, an die Spitze gestellt. Wer sich das recht klar machen will, der lese die Worte laut mit richtiger Betonung.

II. „Wer ist der schenkende *paterfamilias*, der entweder in eigener Person schenkt oder die Schenkung eines Hauskindes gestattet, bezüglich nachträglich *ratihabirt*?“ — Niemand; es schenkt gar nicht der Vater, sondern der Sohn; mit keiner Gewalt des Himmels und der Erde kann man die Worte in *eius donatione, qui in ipsius potestate est* anders auslegen.

III. „Was ist es, was die *pontifices*, und zwar die *Scaevolae*, hier anders interpretiren?“ Das *minus capere*.

IV. „Und was ist dasjenige, was vorher Gegenstand der Interpretation ist und wovon eben bei solcher Schenkung die Interpretation abweicht?“ Dasselbe *minus capere*.

Gegen diese Erklärung geht zwar Burckhard an zwei Stellen scharf vor, pp. 288 ff. und pp. 317 ff. Aber alles, was er dagegen vorbringt, zeigt eben nur, dass die *Scaevola* gute Gründe hatten, bei dieser *donatio* eine andere Interpretation anzuwenden als bei der *partitio*. Nur müssen wir uns freilich vor dem bereits in Frage II ausgesprochenen Irrthum frei machen, als sei der *paterfamilias* der Schenkende. Auf diese falsche Annahme stützt sich die ganze Deduction Burckhards auf S. 319. Er spricht es auch dort noch einmal aus: „Handelte es sich — wovon, wenn einmal *mortis causa donatio* angenommen wird, doch ernstlich allein die Rede sein kann — um eine *mortis causa donatio* des Erblassers“ etc. Aber darum handelt es sich eben nicht, sondern um eine Schenkung des Sohnes; diese aber ist gegenübergestellt einem *legatum partitionis, resp. testamentum* des *paterfamilias*. Warum das? Weil ein Haussohn kein Testament machen kann; Gai. D. 28, 1, 6 pr. „*Qui in potestate parentis est, testamenti faciendi ius non habet, adeo ut, quamvis pater ei permittat, — nihilo magis tamen iure testari possit*“. Wie

wurde die Bestimmung nun umgangen? Durch *donatio mortis causa*: Marcian. D. 39, 6, 25, 1. „Filius familias, qui non potest facere testamentum nec voluntate patris, tamen mortis causa donare patre permittente potest“. Wie uns scheint, lösen sich, sobald man diese beiden Sätze festhält, alle Schwierigkeiten. Der Sohn schenkte *mortis causa* ein *peculium* einem anderen, sei es mit, sei es ohne Wissen des Vaters. Die Schenkung ist angenommen, aber sie wird erst perfect mit dem Tode des Sohnes, und auch dann nur, wenn sie mit Wissen und Willen des Vaters vollzogen ist. Ist das nicht geschehen, so muss die *Ratihabition* des Vaters zum Tode des Sohnes hinzukommen, um die Schenkung perfect zu machen. Es kann nun der Fall eintreten, dass der Beschenkte ebensoviel erhalten hat, als dem Vater nach Abzug dieser Schenkung von seinem Vermögen noch übrig bleibt, und dass deshalb der letztere von jenem die Uebernahme der *sacra* verlangt. In diesem Falle standen die Priester dem Vater zur Seite; es war natürlich auch jetzt dem Beschenkten erlaubt *minus capere*, gerade wie dem Legatar. Aber das nützte ihm nichts, denn hier interpretirten die Priester *hoc idem*, d. h. das *minus capere* anders. Es kam zur Entscheidung der Frage *quis sacris adstringatur* nicht darauf an, *quid ceperit* is, *cui mortis causa donatum erat*, sondern *quid pater familias in donatione adprobaverit*. Der Sohn hatte einem anderen beispielsweise 5000 vermacht. Die Schenkung war angenommen und vom Vater genehmigt. Nach dem Tode des Sohnes stellt sich heraus, dass der Vater auch nur 5000 hat; er verlangt daher, dass jener Beschenkte die *sacra* übernimmt. Dieser sucht sich damit zu helfen, dass er nur 4900 *usucapirt*. Natürlich kann ihn keiner zwingen, auch die letzten 100 zu nehmen. Aber für die Entscheidung des Rechtsstreites ist das gleichgültig; nachdem der Vater die Schenkung in der Höhe von 5000 genehmigt hat, fällt der richterliche Urtheilsspruch über die *sacra privata* dieser Entscheidung des Vaters entsprechend aus. Ganz dasselbe ist der Fall, wenn die *donatio mortis causa* ohne Wissen des Vaters erfolgt ist und nun nach dem Tode des Sohnes vom Vater bestätigt wird. Denn auch dann fragt es sich, wenn die Schenkung *ratihabirt* ist, nur, wie hoch die Schenkung war, nicht *quantum ceperit*

is, cui donatum est. Es brauchte auch der Streit nicht immer zwischen dem Vater des Verstorbenen und dem Beschenkten stattzufinden. Es mochte oft genug der Fall eintreten, dass der Vater schon vor dem Sohne gestorben war. Auch dann fragte es sich nur, ob die Schenkung vom Vater genehmigt war, und es half dem Beschenkten nichts, wenn er weniger nehmen wollte als der Erbe.

Es scheint uns hiernach der Grund ersichtlich zu sein, warum Cicero bei der *donatio* hauptsächlich vom *filius familias* und vom *pater* spricht. Jeder andere Bürger, als der *filius familias*, qui sub potestate erat, konnte seinem letzten Willen durch Testament und Legate Ausdruck geben. Der Haussohn konnte sich nur durch *donatio mortis causa* helfen. Und wie oft mochten solche Fälle vorkommen! Denken wir doch nur an Ciceros Zeiten! Fortwährend standen die Söhne der besten Familien im Felde dem Feinde gegenüber; lag es da nicht oft genug nahe, an den Tod zu denken und über seinen Nachlass Verfügungen zu treffen?¹⁾ Wir brauchen gar nicht an Fälle zu denken, wo der Sohn über sein *peculium* gegen den Willen seines Vaters zu verfügen wünschte; wenn er im Felde stand und seine Habe durch *donatio mortis causa* vermachte, so konnte er nicht erst die Genehmigung des Vaters einholen. Fiel er nun, so war hinterher die Genehmigung des Vaters doch noch nöthig. Leicht lassen sich auch, ausser dem Kriege, andere Fälle erdenken; z. B. ein Haussohn ging als *legatus* eines hohen Beamten in die Provinz und traf seine letzten Anordnungen, ehe er die gefährliche Seereise antrat. Wir führen dies nur an, um Burckhards Frage zu beantworten (p. 291), „ob dieser dem Legat der Hälfte des Nachlasses entsprechende Fall (der *donatio mortis causa*) wohl je vorkommt?“ Warum sollte der Officier nicht einem lieben Kameraden oder seiner Gattin oder seinen Kindern daheim die Hälfte seines Vermögens oder auch das gesammte Hab und Gut *mortis causa* schenken?

Ebenso leicht, wie uns dünkt, erledigt sich der andere Einwand Burckhards (p. 317), bei der *mortis causa donatio*

¹⁾ Die *libera testamenti factio* wurde den Soldaten erst von Caesar gegeben. D. 29, 1, 1 pr.

lasse sich eine Unterscheidung zwischen Zuwendung von Seiten des Verstorbenen und thatsächlicher Geltendmachung bezüglich Nichtgeltendmachung derselben gegen die Erben gar nicht denken. Zur Schenkung gehöre Annahme des Beschenkten u. s. w. Ganz dasselbe, was hier von der Schenkung ausgeführt wird, gilt, wie Burckhard selbst auf p. 325 ausführt, auch vom Legat. Der Beschenkte muss freilich die Schenkung annehmen, wenn sie gelten soll; aber auch der Legatar kann entweder nur das ganze Legat annehmen oder er muss auf das ganze Legat verzichten. Ein theilweises Annehmen des Legates giebt es nicht. Wenn dennoch die pontifices bei dem Rechtsstreit über die *sacra* die Einrede des Legatars gelten liessen, er habe nicht die ganze Summe genommen, so konnte man allerdings erwarten, dass derselbe Grund auch bei der *donatio* hätte angeführt werden können. Aber dem war eben nicht so, in *donatione hoc idem secus interpretabantur*.

Was war der Grund, dass die pontifices bei der *donatio* anders entschieden? War es wirklich der von Cicero ihnen so heftig vorgehaltene, war es wirklich ihre Vorliebe für Juristerei? Wir kennen Cicero aus seinen Reden als einen in allen Advocatenkünsten wohl geübten Anwalt, dem man nicht ohne weiteres trauen darf; wir werden auch hier gut thun, die Sache einmal von der anderen Seite anzuziehen und zu untersuchen, ob nicht vielleicht auch vom priesterlichen Standpunkte gute Gründe gefunden werden konnten zu der verschiedenen Auslegung. Cicero sagt (§ 50): *pontifices cum pecunia sacra coniungi volunt isdemque ferias* (Mommsen sehr gut: *hereditates*) *et caerimonias adscribendas putant*. Also die Priester ketteten die *sacra* an das Geld! Cicero selbst dagegen rühmt sich den Satz zu vertreten (§ 47): *ut conserventur semper et deinceps familiis prodantur et . . . perpetua sint sacra*? Wie, wenn dieser Satz aber gerade die Priester leitete und sie zu ihrer verschiedenen Auslegung veranlasste? Bei dem *legatum* unterstützten sie den Legatar, wenn er sich der Uebernahme der *sacra* entziehen wollte; sie wollten eben soviel als möglich dafür sorgen, dass die *sacra* bei der *familia* blieben, und es kam ihnen dabei nicht darauf an, selbst ein so schwaches Rechtsmittel, wie das *minus capere*, gelten zu lassen. Bei der *donatio* war dieser Ausweg weniger nöthig.

Hatte der Haussohn insciente patre einem Fremden sein peculium vermacht, so konnte der Vater mit einem Worte die ganze Schenkung annulliren. Hatte er aber, und das war wohl das gewöhnliche, sein Gut durch donatio seiner Gattin oder seinen unmündigen Kindern vermacht, sei es mit oder ohne Wissen des Vaters, so konnten die Priester ruhig zugeben, dass die Kosten der sacra, wenn der Vater die Schenkung genehmigte, aus dem Vermögen der Wittve oder der Enkel bestritten wurden. Denn sie blieben doch in diesem Falle immer in der Familie.

V.

Emendationen des Pandektentextes.

Von

Herrn Dr. **B. Kübler**

in Braunschweig.

Hiermit möchte ich mir erlauben, dem Urtheil der Juristen einige Verbesserungsvorschläge zum Texte der Digesten zu unterbreiten. Obwohl sie sich zumeist auf sprachliche Beobachtungen stützen, so dienen doch auch sie dem Endzwecke vieler in dieser Zeitschrift veröffentlichter Arbeiten, der Herstellung der ursprünglichen unverfälschten Gestalt der Schriften römischer Juristen.

Gaius liber quarto decimo ad edictum provinciale. D. 38, 1, 19: *aut certe ita exigendae sunt ab eo operae, ut his quoque diebus, quibus operas edat, satis tempus ad quaestum faciendum, unde ali possit, habeat.* Dass Gaius „satis tempus“ geschrieben habe, ist nicht glaublich, obwohl in seinen Institutionen eine analoge Verbindung von satis nicht vorkommt. Aber Gaius schreibt in dem citirten Fragment den Neratius aus. cf. h. t. 22, 2 und Ner. 38, 1, 50:

Gaius

in omnibus operis praecipue observandum est, ut temporis spatia, quae ad curam corporis necessaria sunt, liberto relinquuntur.

Neratius

non solum autem libertum, sed etiam alium quemlibet operas edentem alendum aut satis temporis ad quaestum alimentorum relinquendum et in omnibus tempora ad curam corporis necessariam relinquenda.

Da in dem Fragment des Neratius richtig *satis temporis* überliefert ist, so werden wir dasselbe auch beim Gaius herstellen dürfen.

Pomp. 7, 1, 19 pr.: *Si ille heredi meo promiserit per se non fore, quo altius ea aedificia tollantur, tum ei eorum aedificiorum usum fructum do lego.* Die Verbindung *per se non fore, quo* ist ohne jede Analogie; sehr häufig dagegen *per se non esse, quominus*. Dass dies hier zu emendiren ist, beweist der Text der Basilika zur Evidenz, wo es heisst: *μὴ κωλύειν αὐτὸν ὑψοῦν τόνδε τὸν οἶκον*. Man nehme nicht Anstoss an dem allerdings wenig eleganten Nebeneinander der beiden Comparative *minus altius*; *quominus* gilt ebenso als ein zusammengehöriger Begriff, wie *altius tollere*. Höchst auffällig dagegen schreibt Ulp. D. 27, 9, 5, 10 *sed si sit alia possessio minor vel minus utilior pupillo*; doch erscheint es hier geboten, vor der Hand nichts zu ändern; die beiden Comparative sind möglicher Weise durch eine ähnliche Abundanz des Ausdrucks zu erklären, wie *malle magis* oder *potius* Rescr. Hadr. ap. Paul. D. 48, 20, 7, 3: *cum ampliari imperium hominum adiectione potius quam pecuniarum copia malle*. Paul. D. 39, 6, 35, 2: *illum potius quam se habere mavult*. *ibid. recepisse potius quam dedisse mavult*¹⁾.

Pomp. D. 8, 2, 25, 1. *Si ex tribus aedibus in loco impari positae aedes mediae superioribus serviant aedibus, inferiores autem nulli serviant.* Für *nulli* wird *nullis* zu schreiben sein, scil. *aedibus*.

Pomp. D. 24, 1, 31, 7. *Quod legaturus mihi aut hereditatis nomine relicturus es, potes rogatus a me uxori meae*

¹⁾ Im sinkenden Latein ist diese Verbindung häufig.

relinquere et non videtur ea esse donatio, quia nihil ex bonis meis deminuitur: in quo maxime maiores donanti succurrisse Proculus ait, ne amore alterius alter despoliaretur, non quasi malivolos, ne alter locupletior fieret. Mommsen ändert *malivolos* in *malivolo*, was ich nicht anders verstehen kann, als dass *malivolo* Adverb sein soll; diese Form ist jedoch unbezeugt, das Adverbium heisst *malivole*. *Malivolos* ist ganz richtig, es ist Acc. Plur. und mit *maiores* zu verbinden. Aber die Stelle ist lückenhaft überliefert. Proculus sagt, die Vorfahren hätten in solchen Fällen den Schenkenden unterstützt, denn sie hätten mit dem Gesetze, durch welches die Schenkung zwischen Gatten verboten wurde, beabsichtigt, zu verhüten, dass der eine der Gatten durch die Liebe zum andern beraubt würde, nicht als boshafte Menschen, dass der eine der beiden Gatten reicher würde. Wie die Worte jetzt überliefert sind, folgt der Satz mit *ne* ohne jeden Zusammenhang auf das Vorhergehende; ein befriedigender Ausdruck wird hergestellt, wenn wir beispielsweise einschieben *hoc spectantes*, also: *in quo maxime maiores donanti succurrisse Proculus ait hoc spectantes, ne etc.*, worauf denn *malivolos* dem *hoc spectantes* coordinirt ist. Verhehlen kann ich freilich nicht, dass mir, indem ich dieses schreibe, der ganze Zusatz höchst schwülstig erscheint, sodass ich ihn fast lieber dem Tribonian und seiner Sippe zuschreiben möchte. Pomponius' Fragment würde dann mit den Worten *Proculus ait* schliessen. Sollte etwa *malivolos* ein nach griechischer Weise auf $\omega\varsigma$ gebildetes Adverbium sein und so recht deutlich den Interpolator verrathen?

Pomp. D. 47, 12, 5: *legibus namque praediorum vendundorum cavetur, ut ad sepulchra, quae in fundis sunt, item eius aditus ambitus funeri faciendi sit.* Die schwer verdorbene Stelle sucht Mommsen unter Anführung einer Reihe von Inschriften so zu heilen: *ut ad sepulchra, quae in fundis sunt, itus aditus ambitus sacrificii faciendi sit.* Dadurch wird aber *eius* ebensowenig erklärt als *funeri*, auch bleibt der Genetiv *sacrificii faciendi* anstössig. Ich glaube, dass aus *eius* herzustellen ist *actus* [$\epsilon\text{IUS} = (\text{A})\text{CTUS}$]. Diese Emendation ist palaeographisch sehr wahrscheinlich und sachlich durch Inschriften gestützt (Bruns, Font. ³ p. 311, Nr. 42. 47). *Fu-neri* ist zwar durch keine mir bekannte Inschrift belegt; da

es aber an und für sich nicht anstössig ist, so möchte ich es nicht tilgen und lieber danach den Ausfall von *sacrificiive* annehmen. Natürlich ist dann auch statt *funeri* herzustellen *funeris*. Nach *faciendi* aber halte ich *causa* für unentbehrlich und schreibe demnach die ganze Stelle so: *ut ad sepulchra, quae in fundis sunt, itus*¹⁾ *actus aditus ambitus funeris sacrificiive faciendi causa sit.*

Ich schliesse eine Anzahl von Stellen an, bei denen ich den Ausfall eines oder mehrerer Worte glaube annehmen zu müssen.

Paul. D. 18, 7, 9: *et posterior magis admonendi emptoris et liberandi se eandem legem repetierit*; hinter *se* ist *causa* ausgefallen. cf. Fuchs, Krit. Stud. p. 42 zu Iul. D. 40, 4, 5, 1.

Iul. Aquil. D. 26, 7, 34: *Respondit ad instruendam diligentiam iudicantis et pupillorum utilitatem admittendam servos quoque eorum interrogari posse.* Für das sinnlose *admittendam* schlägt Mommsen vor: *adiuvandam*. Ich glaube aber, dass daneben auch *admittendam* stehen bleiben muss, nur mit der kleinen Aenderung *admittendum*. Die Abundanz: *admittendum servos . . . interrogari posse* ist nicht ohne Beispiele. cf. Ulp. 3, 4, 7, 2. 7, 8, 4, 1; 12 pr. 29, 2, 6, 4. 32, 11, 13. 33, 4, 1, 1. 48, 5, 28, 9. Paul. 46, 3, 98, 8.

Ulp. D. 38, 2, 3, 6: *Patronus contra ea bona liberti omnino non admittitur, quae in castris sunt quaesita.* Es ist zu verbessern: *Patronus contra (tabulas ad) ea bona liberti omnino non admittitur.*

Ulp. D. 24, 1, 32, 10 sq. ist stark von den Interpolatoren überarbeitet, wodurch einiges Echte verdrängt worden ist. Zu tilgen ist zunächst die alberne Bemerkung: *plerique enim cum bona gratia discedunt, plerique cum ira sui animi et offensa.* *Plerique* in der Bedeutung „einige“ ist zwar im silbernen Latein ganz gewöhnlich, *plerique* — *plerique* aber gesagt wie *alii* — *alii* ist mir unbekannt und auch von den Lexicis nicht bezeugt. Im folgenden Paragraphen sind die Worte *deinde matrimonium restauratur* von Mommsen beseitigt.

¹⁾ Oder doch *iter*? trotz Mommsens Widerspruch? Jedenfalls konnte *item eius* leichter aus *iter actus* als aus *itus actus* verdorben werden. Und ganz ohne Analogie ist *iter* doch nicht, cf. Br. Font. XV, 48: *neque iter ambitum introitum ullum in eo habere.*

Der § 12 erscheint wegen des *frivusculum*, das, soviel ich weiss, ausser an dieser Stelle nur beim Isidorus begegnet, zweifelhaft. Inhaltlich scheint er mir zu den Auseinandersetzungen Ulpians zu passen wie die Faust aufs Auge. Doch masse ich mir darüber keine Entscheidung an. In § 13 halte ich die weise Bemerkung: *non enim coitus matrimonium facit, sed affectio maritalis* für ebenso interpolirt wie Ulp. D. 35, 1, 15: *nuptias enim non concubitus, sed consensus facit*. Denn dass der coitus allein ebensowenig zur Herstellung eines matrimonium ausreichte, als concubitus mit nuptiae identisch war, brauchte Ulpian nicht erst besonders hervorzuheben, und war in diesem Zusammenhang vollends höchst überflüssig. Obendrein ist der Ausdruck *maritalis affectio* verdächtig. Die Ausführungen des § 14 erweisen, dass im Anfang etwas ausgefallen ist. Nach den Worten: *et prius illud volo tractare* wird der Fall besprochen, dass beide Ehegatten gestorben sind, darauf derjenige, dass beide in Gefangenschaft gerathen sind. Demnach dürfte der Anfang des Paragraphen so zu ergänzen sein: (*Quid vero, si ambo decesserint? vel*) *si ambo ab hostibus capti sint* etc.

Vor *atque* hat Mommsen an zwei Stellen *aeque* einzuschieben verlangt¹⁾: Afr. D. 30, 109 pr. *alioquin et frustra legaturus sit (aeque) atque si ita exprimat* und Alf. D. 33, 8, 14: *quare recte peculium legatum esse videri (aeque) ac si prius liber esse, deinde peculium sibi habere iussus est*. Allein das blosses *ac si* oder *atque si* = *quasi* ist in silberner Latinität nicht nur sonst nicht selten, sondern es finden sich auch in den Digesten Belege, wenn mir auch von Alfenus gerade kein Beispiel zur Hand ist: Marcian D. 30, 114, 7: *verius esse existimo . . . valere fideicommissum, atque si de hereditate sua restituenda rogatus esset*; ebenso Tryph. 23, 3, 76. Paul. 41, 4, 2, 8. Blosses *atque* (ohne *si*) Paul. D. 5, 4, 5, 1: *numquid adire non possit, atque qui in testamento portionem suam nescit*. Ita — *atque* Ulp. D. 5, 1, 19, 3: *quod cum eo servo contractum est, ita habendum atque si cum domino contractum sit*. In ähnlicher Weise findet sich nicht selten *quam* ohne vorhergehenden Comparativ oder Vergleichungs-

¹⁾ *aeque* — *atque* habe ich überhaupt weder bei Alfenus noch bei Africanus gefunden; bei beiden dagegen wiederholt perinde — *atque*.

partikel. Iul. ap. Ulp. D. 29, 2, 20 pr.: *pro herede gerere non esse animi quam facti*. Scaev. D. 32, 102 pr.: *chirographis exactis quam pecunia erogata*. Pap. D. 12, 7, 5, 1: *sed recte defendi non turpem causam in proposito quam nullam fuisse*. Paul. D. 18, 4, 21: *potest videri ut negotium eius agam quam hereditatis*. Ulp. D. 5, 1, 2, 6: *alioquin compelletur iudicium accipere quam invenire eos qui satis pro eo dent*. 16, 3, 7, 1: *cum posset non suscipere talem causam, quam decipere*. 26, 10, 5: *expedit pupillo rem suam salvam fore quam tabulas — habere*. 21, 2, 20, 5: *haec enim actio poenam et vindictam, quam rei persecutionem continet*. 30, 49, 5: *interest eius solvi mihi, quam ipsum conventum mandati actionem intendere*. 36, 1, 6, 5: *interesse Sempronii potest ex institutione quam ex substitutione hereditatem habere*. An allen diesen Stellen kann man wohl mit Leichtigkeit durch Einschlebung von *tam* oder *magis* dem Ausdrucke nachhelfen; sie schützen einander jedoch gegenseitig vor jeglicher Aenderung.

Ut wollte Mommsen an folgender Stelle einschleiben: Paul. D. 7, 1, 50: *respondit Scaevola, si priusquam ususfructus praestaretur, necessario aedificasset, non alias cogendum restituere quam eius sumptus ratio haberetur*; Mommsen schlägt vor: *quam eius sumptus ut ratio haberetur*. Dass aber nichts zu ändern ist, lehrt D. 33, 2, 32, 5, wo dasselbe Responsum Scaevolae aus dem 15. Buch seiner Digesten angeführt wird: *respondit, si prius quam usum fructum praestaret, necessario aedificavit, non alias cogendum restituere, quam eius sumptus ratio habeatur*, und wo Mommsen nichts angemerkt hat. (Ebenso Pap. 41, 2, 44, 2. Vgl. über diesen Gebrauch Mohr in Wölfflins Archiv für latein. Lexikogr. VI, p. 418.) Die Identität der beiden Stellen ist auch in Lenels Palingenesie noch nicht bemerkt ebensowenig wie Iul. 34, 5, 12 = Ulp. 45, 1, 80. Wie wichtig es häufig ist, die Abhängigkeit einer Stelle von der anderen zu erkennen, dafür ist ein belehrendes Beispiel Marcian. D. 48, 2, 13: *Mulierem propter publicam utilitatem ad annonam pertinentem audiri a praefecto annonae deferentem divus Severus et Antoninus rescripserunt*. Das Rescript ist von Pap. Iust. D. 48, 12, 3, 1 überliefert: *item in haec verba rescripserunt: „Etsi non solent hoc genus nuntiationis mulieres exercere, tamen quia demon-*

straturam te quae ad utilitatem annonae pertinent polliceris, praefectum annonae docere potes.“ Danach ist bei Marcian zu emendiren: *divi Antoninus et Verus rescripserunt.*

Das entgegengesetzte Verfahren, wie bei den bisher behandelten Stellen, glaube ich Paul. D. 41, 2, 3, 3 anwenden zu müssen, wo ich die Streichung eines Wortes für nöthig halte. Paul. sagt § 1: *Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore.* Dann heisst es § 3: *Neratius et Proculus et solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio.* Das *et* vor *solo* hat die zweite Hand des Florentinus beseitigt und auch in den übrigen Handschriften fehlt es; es ist aber richtig. Dagegen muss *non* vor *posse* gestrichen werden. Denn wir verlangen einen Gegensatz gegen die aus § 1 citirten Worte des Paulus. Zur Evidenz wird diese Emendation durch das folgende Beispiel, das zu den überlieferten Worten gar nicht passt. Wenn ich weiss, dass sich auf meinem Grundstück ein Schatz befindet, heisst es, so possedire ich denselben *simulatque possidendi affectum habuero, quia quod desit naturali possessioni, id animus implet.* Diese Worte geben nur Sinn, wenn wir schreiben *et solo animo posse nos adquirere possessionem*; dahinter möchte es sich empfehlen *et* einzuschieben; also: *et si non antecedit naturalis possessio.*

Soloecismen, die dem Juristen nicht zuzutrauen sind, finden sich an folgenden beiden Stellen Ulpian: D. 4, 6, 38, 1: *Tamdiu rei publicae causa abesse quis videbitur, quamdiu officio aliquo praeest,* und D. 36, 1, 17, 12: *qui munus militiae sustinebat aliove quo officio praeerat.* Die Dative *aliquo* und *alio quo* hat Ulpian auf keinen Fall geschrieben; an beiden Stellen ist zu schreiben *praeditus est* resp. *erat.* Ich finde zwar in den Wörterbüchern kein Beispiel für *officio praeditus*, doch genügen Analoga wie *potestate, dignitate, auctoritate praeditus.* Cf. Ulp. 4, 2, 23 pr. 5, 1, 81. Paul. Sent. V, 26, 1. Cic. Rep. II, 32, 56.

Ich schliesse mit einem Verbesserungsversuch zu Scaev. D. 36, 1, 80, 12. Die Erben sollen dem *alumnus testatoris* Gaius Maevius, sobald er fünfzehn Jahre alt ist, ein Drittel der Erbschaft auszahlen. Dann heisst es weiter: *interim ex refectu paupertatis, qui ad vos pervenerit, alatis eum ex usu-*

ris pro quantitate nummorum redactis. Wenn der Erblasser lateinisch verstand, kann er die angeführten Worte nicht geschrieben haben; ohne weitere Umschweife schlage ich vor: *interim respectu proprietatis, quae ad vos pervenerit etc.* cf. Tert. D. 41, 2, 28: *utrum quasi proprietatis respectu (conducam) an possessionis tantum.* Mod. 3, 5, 26, 1: *si pietatis respectu sororis aluit filiam.* Tryph. D. 16, 3, 31, 1.

VI.

Philosophie und geschichtliche Rechtswissenschaft.

Von

Herrn Professor Dr. **E. Hölder**
in Erlangen.

Rudolf Stammler, Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie (Aus: Festgabe zu Bernhard Windscheids fünfzigjährigem Doctorjubiläum. Zwei Abhandlungen von R. Stammler und Th. Kipp). Halle a. S. 1888.

Valentino Rivalta, Il rinnovamento della giurisprudenza filosofica secondo la scolastica. Bologna 1888.

Die im Vorstehenden verzeichneten Schriften haben beide die Bedeutung eines Programmes, welches die Jurisprudenz von der eingebürgerten ausschliesslich geschichtlichen Erfassung des Rechtes abrückt und sie auffordert, sich der Führung einer bestimmten Philosophie anzuvertrauen. Und zwar verweist uns der deutsche Professor auf Kant, der italienische Advocat auf den heiligen Thomas von Aquino.

Stammlers Schrift geht aus von der „geschichtlichen Rechtstheorie“ als der zur Zeit herrschenden und von der Frage nach ihrem entscheidenden Kennzeichen. Ursprünglich sei dieses die Zurückführung des Rechtes auf den Volksgeist in dem besonderen Sinne Puchtas gewesen. Seit man dagegen diese aufgegeben habe, sei das einzige unserer Juris-

prudenz noch eigene Erbe der geschichtlichen Schule die Methode. Für deren Beurtheilung sei vor allem wesentlich, „was man eigentlich zu wissen verlange“, und diese Frage habe man vielfach in eine Mehrheit von Fragen aufgelöst, unter welchen es sich empfehle, als „scharf gefasste, jedem Verständigen klar erkennbare Probleme“ die zwei herauszugreifen: „ob dasjenige, was Recht ist, auch Recht sein sollte“, und „wie es möglich ist, dass aus Rechtsbruch wieder Recht entstehen kann“. Die erste Frage, betont der Verfasser, sei mit Bedacht nicht „schon“ dahin gefasst: „was Recht sein sollte“; denn das würde „ein solches Allgemeines“ schon voraussetzen und wäre daher nicht „eine letzte sichere Fragestellung“. Als „selbstverständlich“ bedeutungslos für seine erste Frage „constatirt“ der Verfasser die Hinweisung auf die Geschichte, welche „letzlich doch nichts bedeutet, als dass das also Erklärte jetzt . . . keinen Sinn und Verstand mehr habe“ (S. 15). Vielmehr bedürfe es eines vom geschichtlichen Rechte unabhängigen Massstabes, und so sei denn auch die „gemeinigliche Behauptung“, die historische Schule habe das Naturrecht überwunden, falsch. Die Frage nach dessen Existenz sei identisch mit der Frage nach „einem allgemeingültigen Bestimmungsgrunde für die Recht Setzenden, welcher . . . erweisbare Geltung hätte“ (S. 38). Die Existenz eines solchen bezeuge die neuere Philosophie und Politik, in welcher „die naturrechtliche Fragestellung vorherrsche“, und lediglich „die beschränkte Fragestellung der geschichtlichen Rechtstheorie“ verhindere, „dass man über das a priori feststehende Ziel, über den objectiven Massstab, den in der That ein jeder hat, den jedermann thatsächlich gebraucht, in das Klare kommt“ (S. 44).

Seine zweite Frage nach der Möglichkeit der Entstehung von Recht durch Rechtsbruch führt der Verfasser zurück auf die allgemeine Frage: „woran erkennt man überhaupt, ob etwas recht ist“. Für die Untersuchung dieser Frage sei die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie gänzlich unzureichend und vielmehr die Methode der kritischen Philosophie zum „musterhaften Vorbilde“ zu nehmen. Zu solcher Forschung fordere besonders Windscheids durch die Abhandlung des Verfassers gefeiertes Doctorjubiläum auf, da

seinem die geschichtliche Rechtswissenschaft vertretenden Werke gegenüber „schwerlich jemand auftreten und sagen möchte . . . was dort noch gar so viel zu thun übrig wäre“.

An einer Kundgebung von dem im Vorstehenden berichteten Inhalte darf diese Zeitschrift nicht vorübergehen. Zwar könnte man einwenden, dass Stammler mit der Rechtsgeschichte es nicht zu thun habe. Ist doch, was er an der geschichtlichen Rechtswissenschaft rügt, ihre Unfähigkeit zur Lösung solcher Fragen, welche nicht Geschichtsfragen sind, und wenn er seine Aufforderung zu einem anderen Betriebe unserer Wissenschaft auf die Wahrnehmung gründet, dass dem bisherigen Betriebe Windscheid keine nennenswerthe Ausbeute mehr übrig gelassen habe, so kann er auch damit die Rechtsgeschichte nicht meinen. Durch Stammlers Ausführungen würden daher die durch diese Zeitschrift vertretenen Bestrebungen nicht berührt, wenn dieselbe der Rechtsgeschichte als einem mit der Theorie des Rechtes in keinem inneren Zusammenhange stehenden Wissenszweige gewidmet wäre. Gleich Savignys Zeitschrift geht aber die unserige nicht aus von einem Sonderdasein der Rechtsgeschichte als einer nur den vom Juristen verschiedenen Geschichtsfreund angehenden, sondern von der Ueberzeugung, „dass alles heutzutage in Deutschland geltende Recht . . ein . . . eigenstes Product unserer Cultur ist“ und „dass dessen Geschichte . . . in lebendig praktischer Verbindung mit der Gegenwart steht“ (Zeitschrift für Rechtsgeschichte I S. 1, 2). Demgemäss glaubten wir bisher Rechtsgeschichte gerade in unserer Eigenschaft als Juristen treiben zu sollen; nach Stammler wäre dagegen die Beschäftigung mit dieser ein Parergon, welches uns der Gefahr aussetzt, durch Pflege des geschichtlichen Sinnes den Sinn für die letzten unter Abstraction von aller Geschichte zu lösenden Fragen der Rechtswissenschaft in uns zu ersticken.

Eine solche letzte Frage ist nach Stammler insbesondere, „ob dasjenige, was Recht ist, auch Recht sein sollte“. Existirt aber, wie Stammler annimmt, für die Entscheidung dieser Frage ein allgemein gültiger Massstab, so handelt es sich lediglich um eine Frage seiner Anwendung und ist die wirklich letzte Frage keine andere als diejenige nach der Existenz und Beschaffenheit jenes Massstabes. Und zwar ist

die Frage nach seiner Beschaffenheit nicht etwa eine zweite neben der Frage nach seiner Existenz, da die Erkenntniss dieser nicht denkbar ist ohne die Erkenntniss jener. Den Nachweis seines Daseins führt der Verfasser, abgesehen von der Behauptung, dass jeder ihn besitze und anwende, im Anschlusse an Kant durch Berufung auf den Begriff des Sollens. Dass nun, wie Stammler mit Nachdruck betont, die Natur kein Sollen kennt, glauben wir ihm auch ohne Kants Auctorität; dass dagegen der Begriff des Sollens ausgeschlossen sei, „sobald der bestimmende Gegenstand in der Erfahrung auftritt“ (S. 25), glauben wir trotz Kant ihm nicht. Stammlers allgemein gültiger Massstab ist nichts anderes als Kants aus dem Begriffe des Gesetzes, des Sollens oder der Pflicht abgeleiteter kategorischer Imperativ; während aber Kant jede Berufung nicht nur auf die äussere, sondern auch auf die innere Erfahrung ausdrücklich abweist und betont, „es sei nicht empirisch auszumachen, ob es überall irgend einen solchen kategorischen Imperativ gebe“ (Kritik der praktischen Vernunft, ed. Rosenkranz S. 49), so hält Stammler, der in der Rückkehr zu Kant alles Heil sieht, dessen Standpunkt nicht fest. Verlangt er, dass wir die „kritische Philosophie“ uns zum „musterhaften Vorbilde“ nehmen, so ist er doch selbst kein so strenger und sicherer Kantianer als er glaubt, und zugleich übersieht er, dass derjenige nicht wirklich kritische Philosophie empfiehlt, welcher unbedingte Hingebung an die Lehren eines bestimmten, wenn auch noch so kritischen Philosophen fordert. In Wirklichkeit ist Kants kategorischer Imperativ ebenso unhaltbar als der ontologische Gottesbeweis; aus dem Begriffe des unbedingten Sollens lässt sich ebensowenig die Existenz eines solchen ableiten als aus dem Begriffe des allervollkommensten Wesens die Existenz eines solchen folgt.

Dass wir in Ansehung des menschlichen Verhaltens von einem Sollen reden, während die Anwendung dieses Wortes auf andere Vorgänge keinen Sinn hätte, ist allerdings ein Kennzeichen davon, dass die Bestimmungsgründe menschlichen Verhaltens anderer Art und Bedeutung sind als die ein Müssen begründenden Ursachen anderer Vorgänge. Von einem Sollen könnte keine Rede sein, wenn es nicht seine eigenen Bedürf-

nisse wären, welche den Menschen bestimmen, und wenn nicht der Mensch im Stande wäre, verschiedene Bedürfnisse und die verschiedenen Möglichkeiten ihrer Befriedigung gegen einander abzuwägen und auf Grund solcher Erwägung sich für dasjenige Verhalten zu entscheiden, von welchem er sich die grössere Befriedigung verspricht. Unsere Fähigkeit, kraft solcher Erwägung des Für und Wider uns zu entscheiden, beruht auf unserer Vernunft und ist uns durch Erfahrung bekannt; nach Kants eigener Lehre alterirt sie in keiner Weise die Nothwendigkeit, mit welcher jeder in Gemässheit seines empirischen Charakters handelt, so dass die erfahrungsgemässe Möglichkeit der Wahl nichts zu thun hat mit der jenseits aller Erfahrung liegenden Freiheit des intelligiblen Charakters. Dass ich die Gründe meines Verhaltens einer anderen Welt als derjenigen meiner Erfahrung entnehme, liegt im Begriffe des Sollens um so weniger, da seine Anwendung sich nicht auf die Forderungen der Sittlichkeit beschränkt. Dass ich anders hätte handeln sollen, sage ich mir überall, wo ich die Abschätzung des Für und Wider, welche mich bestimmt, als eine irrige erkenne; soll ich oder soll ich nicht, so frage ich mich in tausend Fällen, in welchen für mich lediglich mein individueller Nutzen oder Schaden, meine Bequemlichkeit oder Unbequemlichkeit in Frage steht, und habe ich für das voraussichtlich meinen Nutzen oder meine Bequemlichkeit am meisten fördernde oder am wenigsten beeinträchtigende Verhalten mich entschieden, so sage ich mir nachträglich, ich hätte anders handeln sollen, wenn der Erfolg ergiebt, dass ein anderes Verhalten für mich nützlicher oder bequemer gewesen wäre. Auf die Forderungen der Sittlichkeit findet daher der Begriff des Sollens nicht Anwendung als ein auf sie sich beschränkender; allerdings dagegen ist das durch diese begründete Sollen ein höheres, weil die sittlichen Bedürfnisse des Menschen höhere sind als seine sinnlichen. Doch giebt es auch im Gebiete der sittlichen Anforderungen kein unbedingtes Sollen. Welches sittliche Gebot könnte scheinbar unbedingter sein als das Gebot: „du sollst nicht tödten“, und doch wird niemand dem Soldaten, welcher jenem Gebote zuwider in Gemässheit des durch seine Stellung im Dienste des Staates an ihn ergehenden Gebotes den Feind in der Schlacht

tödtet, ein unsittliches Verhalten vorwerfen wollen. Wer nicht geflissentlich gegen die Thatsachen des Lebens die Augen verschliesst, der kann nicht verkennen, dass ein Verhalten, welches im einen Falle unsittlich ist, im anderen durch die Sittlichkeit gefordert sein kann, weil die sittlichen Bedürfnisse der Menschheit von verschiedenem Werthe sind und vielfach das höhere Bedürfniss nur befriedigt werden kann auf Kosten des minderwerthigen. Wie die Frage, ob mein pecuniäres Interesse dieses oder jenes Verhalten fordert, nur entschieden werden kann durch gegenseitige Abwägung der mit dem einen oder anderen Verhalten verbundenen pecuniären Vorthelle und Nachtheile, so kann die Frage, was im einzelnen Falle die Sittlichkeit fordert, nur entschieden werden durch die gegenseitige Abwägung der durch das eine oder andere Verhalten befolgten oder verletzten sittlichen Gebote. Existiren aber unstreitig verschiedene sittliche Bedürfnisse und demgemäss verschiedene sittliche Gebote von verschiedenem Werthe, so kann das allgemeinste Gebot der Sittlichkeit kein anderes sein als dasjenige, zwar möglichst jedem sittlichen Bedürfnisse zu genügen, wo aber dies nicht möglich ist, dem höheren Bedürfnisse das minderwerthige zu opfern. Ueber die Frage nach der Beschaffenheit und dem Werthverhältnisse der sittlichen Bedürfnisse kann dagegen der allgemeine Begriff des Sittengesetzes keinerlei Auskunft geben, und für ihre Beantwortung steht uns keine andere Quelle zu Gebote als die Erfahrung. Die Eigenschaft derselben als einer reichen Quelle sittlicher Erkenntniss verneint kein Unbefangener; für die letzte Quelle derselben glaubt man sie aber nicht halten zu dürfen, da die Geltung der sittlichen Gebote jeder Erfahrung vorhergehe. Es gilt dies jedoch nicht von denjenigen Geboten, deren Gegenstand erst im Laufe der Geschichte zur Existenz gelangt; so sind unstreitig die Gebote der Vaterlandsliebe und des Gehorsams gegen die Obrigkeit bedingt durch die Existenz eines Vaterlandes und einer Obrigkeit. Auch die elementarsten, im menschlichen Dasein als solchem wurzelnden sittlichen Gebote aber sind doch der menschlichen Erkenntniss erst dann zugänglich, wenn die sie begründenden Verhältnisse zu einem möglichen Gegenstande der Erfahrung geworden sind. Die Erfahrung, dass nicht nur meine Stammgenossen,

sondern auch andere stammfremde Menschen Meinesgleichen sind, muss erst gemacht, die Möglichkeit eines mit Stammfremden möglichen friedlichen Verkehres muss erst von mir in mein Bewusstsein aufgenommen sein, wenn der Gedanke an irgend eine gegen Fremde mir obliegende Verpflichtung entstehen soll.

Dass nicht nur die Erkenntniss, sondern vielfach auch die Existenz der sittlichen Bedürfnisse und Gebote eine geschichtlich bedingte ist, wird leicht deshalb verkannt, weil die Erkenntniss der sittlichen Bedürfnisse und Gebote ihrer Existenz oder, was damit identisch ist, der Existenz der sie begründenden Verhältnisse stets nachfolgt, so dass wir uns derselben nie als jetzt erst zur Existenz gelangender, sondern stets als solcher bewusst werden, deren Existenz unserer Erkenntniss derselben vorangeht. Vaterlandsliebe wird erst ermöglicht und gefordert durch die Existenz eines Vaterlandes; indem wir aber durch seine Existenz uns erst allmählich des Gebotes der Vaterlandsliebe bewusst werden, so erleben wir dieses Gebot nicht mit Bewusstsein als ein erst zur Existenz gelangendes. Dazu kommt, dass die meisten sittlichen Gebote nicht durch die eigene Wahrnehmung der sie begründenden Verhältnisse, sondern durch die Erziehung uns zuerst bekannt werden, welche sie unabhängig von ihren Gründen uns einprägt und dadurch ihre Existenz als eine von jeder Begründung unabhängige erscheinen lässt. Gerade hier ist aber zugleich die geschichtliche Bedingtheit der sittlichen Bedürfnisse und Gebote offensichtlich, da die Bedürfnisse des Kindes andere sind als diejenigen des Erwachsenen. Ebenso nun sind die sittlichen Bedürfnisse verschiedener Culturstufen verschiedene. Wie es jedoch derselbe Mensch ist, welcher im Kinde und im Erwachsenen in verschiedenen Entwicklungsstadien uns entgegentritt, und wie die verwickelteren sittlichen Bedürfnisse des Erwachsenen dem Kinde zwar noch fremd, zugleich aber solche sind, deren Keim es in sich trägt und die mit seiner fortschreitenden Entwicklung aus seinen einfacheren Bedürfnissen sich heraus entwickeln: so sind auch die verschiedenen sittlichen Bedürfnisse verschiedener Culturstufen doch sittliche Bedürfnisse derselben Menschheit, die sich auseinander heraus entwickeln, so dass die sittlichen Bedürfnisse der höheren Culturstufe denjenigen der niedrigeren

nicht als schlechthin fremde, sondern als Entfaltung eines in diesen enthaltenen Keimes gegenüberstehen. Wie wir daher, vom Menschen schlechtweg redend und ihm bestimmte Eigenschaften zuschreibend, an den voll entwickelten Menschen zu denken pflegen, so sind wir auch berechtigt, zu den sittlichen Bedürfnissen der Menschheit alle diejenigen zu zählen, welche wir als solche der höchsten bisher erreichten Culturstufe kennen. Sind wir aber dazu berechtigt, weil es sich um die Entfaltung von Anlagen handelt, welche dem Menschen als solchem eigen und daher keiner Culturstufe gänzlich fremd sind, so dürfen wir zugleich nie vergessen, dass ebenso die höchste uns bekannte Stufe menschlicher Cultur die Keime weiterer Entfaltungen in sich trägt, dass also unsere sittliche Erkenntniss eine abschliessende nicht nur deshalb nicht ist, weil ihr gleich jeder menschlichen Erkenntniss die Erfassung ihres Gegenstandes nur annähernd gelingt, sondern insbesondere deshalb, weil die Verhältnisse selbst, aus denen sie geschöpft wird, Gegenstand einer geschichtlichen Entwicklung sind, deren Verlauf zu übersehen unmöglich ist, wenngleich die höchste bisher erreichte Stufe derselben eine gewisse Erkenntniss der auf sie folgenden Entwicklungsstufen gestattet.

Für niemand ist es wichtiger, die geschichtliche Bedingtheit der sittlichen Bedürfnisse und die Eigenschaft der gegenwärtigen Entwicklungsstufe derselben als einer über sich selbst hinausweisenden vor Augen zu haben als für den zur Theilnahme an der Gesetzgebung Berufenen. Eine feste Grundlage für seine Entscheidung gewährt ihm weder der Blick auf die momentanen Verhältnisse der Gegenwart, welche jeden Augenblick sich ändern können, noch umgekehrt die Abstraction von der Verschiedenheit der Zeitverhältnisse; vielmehr bedarf er des Hinblicks auf die Zukunft sowohl als auf die Vergangenheit; denn für die Zukunft will er wirken, und welche Keime zukünftiger Gestaltungen die Zustände der Gegenwart in sich enthalten, kann nur die Entstehung dieser bis zu einem gewissen Grade lehren. Dass die Gegenwart nur verstanden werden kann als Resultat einer geschichtlichen Entwicklung, hat die historische Schule mit vollem Rechte gelehrt; nur hätte sie daneben gleichmässig betonen müssen, dass die Zustände der Gegenwart gerade in ihrer

Eigenschaft als Stufen einer geschichtlichen Entwicklung die Keime weiterer Entwicklungen in sich tragen, und dass es die Aufgabe des Gesetzgebers wie überhaupt des Politikers ist, sie in dieser doppelten Eigenschaft des Endpunktes der bisherigen und des Anfangspunktes einer neuen Entwicklung zu verstehen und möglichst dafür Sorge zu tragen, dass diese sowohl ohne überflüssige Reibung als ohne Ueberstürzung sich vollziehe. Wenn Stammler sich darüber wundert, dass ein „sonst scharfdenkender“ Jurist alles Ernstes glaube, „dass man durch geschichtliche Erkenntniss zu demjenigen gelangen möge, was statt des Gewordenen Recht sein soll“ (S. 20), so dürfte die Verwunderung darüber mehr am Platze sein, dass ein Jurist des 19. Jahrhunderts alles Ernstes glaubt, die Frage, was an die Stelle des Bestehenden treten soll, unter Abstraction von dem Bestehenden und der Art seiner Entstehung beantworten zu können. Mit Genugthuung erwähnt Stammler, dass in der Politik das aus der Jurisprudenz vertriebene Naturrecht herrsche. Er beruft sich dafür insbesondere auf die Politik der Centrumpartei, ohne die doppelte Frage aufzuwerfen, ob diese Politik den Bedürfnissen unseres deutschen Staates und Volkes gemäss sei und ob nicht ein wesentlicher Unterschied sei zwischen demjenigen „Naturrechte“, auf welches das Centrum sich stützt und welches zugleich ein positives, auf der Auctorität der Kirche beruhendes Recht ist, und einem solchen Naturrechte, dessen Inhalt durch keine von der Einsicht des Einzelnen unabhängige Auctorität fixirt ist. In Wirklichkeit bedeutet die Herrschaft eines auf dem Grunde der kirchlichen Auctorität ruhenden Naturrechtes nichts anderes als eine Herrschaft der Kirche und die Herrschaft eines durch keine vom Einzelnen unabhängige Auctorität festgestellten Naturrechtes nichts anderes als eine Herrschaft der individuellen Vernunft und damit auch der individuellen Unvernunft.

Von allem sonst angenommenen Naturrechte unterscheidet sich dasjenige Stammlers dadurch, dass sein Inhalt nicht ohne weiteres Recht ist, sondern nur angibt, was Recht sein soll, so dass es nur den Gesetzgeber verpflichtet. Diese Beschränkung ist aber willkürlich. Ist der Gesetzgeber verpflichtet, keinen anderen als denjenigen Inhalt zum Gesetze

zu erheben, dessen Geltung die „objectiven Gründe der Ideen“ fordern, so ist nicht abzusehen, wie diesen objectiven Gründen erst ein Gesetz zur rechtlichen Geltung verhelfen und wie einem denselben widersprechenden Gesetze irgend welche Geltung zukommen sollte. Dies wäre nur denkbar unter der Voraussetzung, dass die Erkenntniss der Ideen nur dem Gesetzgeber zugänglich ist, dass also ihre Geltung für die ihrer unmittelbaren Erkenntniss nicht fähigen Unterthanen identisch wäre mit der Geltung desjenigen Inhaltes, welchen ihnen das Gesetz als den durch die Ideen geforderten bezeugt. Ein Naturrecht ist nur denkbar als ein unbedingt geltendes; denn ohne Geltung wäre es kein Recht und ohne Unbedingtheit dieser kein Naturrecht. Als ein für jeden erkennbares muss daher das Naturrecht dem positiven Rechte für jeden vorgehen, so dass seine Annahme mit einer selbständigen der Prüfung des Einzelnen entzogenen Geltung des positiven Rechtes sich nur vereinigen lässt, wenn praktisch beide zusammenfallen, weil das Naturrecht nur der höheren Vernunft des Gesetzgebers erkennbar ist und deshalb dem beschränkten Unterthanenverstande die Berufung auf seine angebliche Verschiedenheit vom positiven Rechte nicht zusteht. Auch hier zeigt es sich also wieder, dass vom Standpunkte des Naturrechtes aus die Existenz einer positiven Rechtsordnung sich nur rechtfertigen lässt unter der Voraussetzung einer dem Herrscher eigenen und den Beherrschten fehlenden höheren Weisheit.

Durch Verneinung eines Naturrechtes wird aber nicht, wie vielfach angenommen wird, die Existenz solcher Elemente oder Bedingungen verneint, welche jeder Rechtsordnung wesentlich sind. Unbestreitbar ist, dass jede äussere Lebensgemeinschaft bestimmter Menschen in der inneren Wesensgemeinschaft aller Menschen wurzelt und ohne diese nicht möglich wäre, was aber nichts an der Wahrheit ändert, dass jede unter Menschen bestehende Lebensgemeinschaft ein Product der Geschichte ist. Schon Savigny hat (Syst. § 8) hervorgehoben: „Was in dem einzelnen Volk wirkt, ist nur der allgemeine Menscheng Geist, der sich in ihm auf individuelle Weise offenbart. Allein die Erzeugung des Rechts ist eine That und eine gemeinschaftliche That. Diese ist nur denk-

bar für diejenigen, unter welchen eine Gemeinschaft des Denkens und Thuns nicht nur möglich, sondern auch wirklich ist.“

Stammler meint, unserer heutigen Rechtswissenschaft sei mit der historischen Schule nicht mehr die Zurückführung des Rechtes auf den Volksgeist, sondern nur noch die Methode gemeinsam. Diese Methode hat aber ihren Grund in der Erkenntniss, dass die Existenz oder Geltung eines bestimmten Rechtes nicht denkbar ist ohne die Existenz einer bestimmten Lebensgemeinschaft. Für den an einer solchen Theilnehmenden sind die Bedürfnisse derselben als solche, welche ihm mit den Genossen gemeinsam sind, keine fremden; vielmehr sind sie für ihn eigene und zwar solche Bedürfnisse, welche den im Gegensatze zu den Genossen ihm eigenen vorgehen, weil das eigene Leben des Einzelnen nur gedeihen kann als ein dem gemeinsamen Leben eingegliedertes. Wie nun mein individuelles Verhalten durch die Bedürfnisse, welche ich als die meinigen fühle, und durch mein Urtheil über die zu ihrer Befriedigung geeigneten Mittel sich bestimmt, und wie wir dieses Verhalten als ein durch mein Gefühl und meine Einsicht sich bestimmendes auf meinen Willen zurückführen, so bestimmt sich das gemeinsame Verhalten der Genossen durch die Bedürfnisse, welche sie als die ihnen gemeinsamen fühlen, und durch ihr gemeinsames Urtheil über die zu ihrer Befriedigung geeigneten Mittel, und als ein durch ihr gemeinsames Gefühl und ihre gemeinsame Einsicht sich bestimmendes ist es der Ausfluss eines ihnen gemeinsamen Willens. Kein anderer als dieser gemeinsame Wille der Rechtsgenossen ist gemeint, wenn wir das Recht auf einen Gemeinwillen zurückführen. Dagegen erhebt sich freilich der Einwand, dass die Existenz eines Gemeinwillens in diesem Sinne die thatsächliche Unmöglichkeit eines ihm zuwiderlaufenden Verhaltens begründen müsste, da doch nie jemand seinem eigenen Willen zuwider zu handeln vermöge. Allerdings nun leidet der Begriff einer Zuwiderhandlung gegen den eigenen Willen an einem inneren Widerspruche, indem er etwas gleichzeitig als gewollt und nicht gewollt bezeichnet. Dieser Widerspruch ist aber im Leben des Menschen thatsächlich vorhanden. Indem der Mensch verschiedene einander vielfach widerstreitende

Bedürfnisse fühlt und verschiedene einander vielfach widersprechende Ansichten hegt, so weist sein Inneres verschiedene einander bekämpfende Willensregungen auf, und dass ich in Gemässheit der einen handle, schliesst die Existenz der anderen nicht aus, wie jeder Fall einer mit innerem Widerstreben vollzogenen Handlung zeigt; es hat nur diejenige Willensregung, welcher gemäss gehandelt wurde, sich als die mächtigere erwiesen. Einen inneren Widerspruch enthält aber ausserdem dasjenige Verhalten in sich, welches unserem wirklichen Bedürfnisse widerspricht, weil wir entweder dieses selbst nicht gefühlt oder die Mittel zu seiner Befriedigung nicht erkannt haben. Haben wir ein niedrigeres Bedürfniss auf Kosten eines höheren befriedigt, weil wir dieses entweder überhaupt nicht oder nicht in dem ihm zukommenden Werthe gefühlt haben, so haben wir, wie man sagt, unserem „besseren Ich“ oder einem Willen zuwidergehandelt, welcher gleichfalls der unsrige ist im Sinne eines in unserer Natur und ihren Bedürfnissen begründeten und daher normaler Weise uns zukommenden. Ein solcher innerer Widerspruch liegt nun auch dann vor, wenn ich mein individuelles Bedürfniss befriedige auf Kosten des Bedürfnisses der Gemeinschaft, welcher ich angehöre, da meine Theilnahme an der Gemeinschaft meine Theilnahme an ihren Bedürfnissen und am Willen ihrer Befriedigung als einem normaler Weise mir zukommenden in sich schliesst. Indem nun dem gemeinsamen Bedürfnisse als solchem ein höherer Werth gegenüber dem individuellen Sonderbedürfnisse zukommt, so wurzelt die Geltung des Gemeinwillens als eines dem Einzelwillen vorgehenden in der allgemeinen sittlichen Forderung, dem höheren Bedürfnisse das minderwerthige unterzuordnen. Wie freilich aus Mangel an sittlichem Gefühl oder an Einsicht der Wille des Einzelnen ein verkehrter oder dem sittlichen Bedürfnisse widersprechender sein kann, so kann dasselbe dem Gemeinwillen widerfahren, weil die gemeinsamen Bedürfnisse nicht in ihrem wahren Werthe gefühlt oder die Mittel ihrer Befriedigung verkannt worden sind. Zugleich kann innerhalb der Gemeinschaft bezüglich der gemeinsamen Bedürfnisse und der Mittel zu ihrer Befriedigung eine Verschiedenheit der Gefühle und Vorstellungen bestehen. Man darf aber deshalb nicht jede

Existenz eines Gemeinwillens verneinen. Ohne eine weitgehende Uebereinstimmung der Gefühle und Vorstellungen ist eine wirkliche Lebensgemeinschaft nicht möglich; und auch da, wo diese Uebereinstimmung keine volle ist, ist durch den der Gemeinschaft als solcher zukommenden Werth eine gewisse Unterordnung der individuellen Gefühle und Vorstellungen unter die im Kreise der Genossen vorherrschenden geboten. Dass diese Pflicht keine unbedingte ist, weil sie im concreten Falle durch eine höhere überwogen sein kann, hat sie mit jeder Pflicht gemein.

Eine eingehendere Betrachtung des Processes der Rechtsbildung ist hier nicht möglich, aber auch nicht nothwendig. Das bisherige genügt zur Zurückführung des Rechts auf einen geschichtlich bedingten Gemeinwillen, sobald erkannt wird, dass neben dem sog. Gewohnheitsrechte das Gesetz nur „eine Rechtsquelle von secundärer abgeleiteter Kraft ist“, wie Zitelmann (Arch. f. Civ. Pr. 66 S. 458) trotz entschiedener Verneinung der Existenz eines Gemeinwillens ausdrücklich hervorhebt. Ob der Gemeinwille, wie die historische Schule lehrte, stets Volkswille, oder ob er, wie andere wollen, nothwendig Staatswille ist, sind Fragen, auf welche unbeschadet des geschichtlichen Charakters des Rechtes verschiedene Antworten möglich sind. Dass aber dieser geschichtliche Charakter des Rechtes doch immer wieder angefochten wird, beruht auf der falschen Annahme seiner Unverträglichkeit mit einem ethischen Charakter des Rechts. Man glaubt die Gebote der Sittlichkeit nicht fester begründen zu können, als wenn man jede geschichtliche Bedingtheit ihres Inhaltes verneint; man kann dies aber nur thun um den Preis der Verneinung jedes Zusammenhanges der Sittlichkeit mit dem Rechte, während doch die mit anderen mich verbindende Lebensgemeinschaft ein sittliches Gut und die Pflicht der Unterordnung meines Willens unter den ihrigen eine sittliche Pflicht ist.

Die Eigenschaft des Gemeinwillens, dessen Inhalt das Recht ist, als eines in der That den Rechtsgenossen gemeinsamen betont unter den Philosophen der Gegenwart namentlich Schuppe, welcher mit vollstem Rechte (Das Gewohnheitsrecht S. 34) die Uebereinstimmung dieser Annahme mit

der Lehre der historischen Schule behauptet, da Männern wie Savigny und Puchta nicht zuzutrauen sei, sie hätten unter dem Volkswillen ein concretes, über den einzelnen schwebendes Wesen verstanden; vielmehr hätten sie damit nur eine Gemeinsamkeit des Willens bezeichnen wollen, welche „mit allen anderen, ein Volk ausmachenden Gemeinsamkeiten, der in Sprache, Religion und Geschmack, auf dieselbe Stufe gestellt und derselben Quelle zugeschrieben werden sollte“. In merkwürdigem Gegensatze steht zu dieser unbefangenen Auffassung des Philosophen diejenige mancher neuester Juristen. So spricht Stammler vom Volksgeiste „in dem ganz besonderen und eigenthümlichen Sinne Puchtas“ als einem heutzutage preisgegebenen und versteht darunter die Auffassung desselben als eines concreten Wesens, und doch sagt Puchta auch: „das Recht ist der gemeinsame Wille der Rechtsgenossen“ (Inst. § 10). Ebenso nennt Zitelmann (a. a. O.) jenen Volksgeist „ein einheitliches psychisches Wesen“ (S. 426) und das auf ihm beruhende Recht „eine Art Naturrecht“ (S. 402). Unstreitig lassen manche Wendungen Savignys und namentlich Puchtas sich in diesem Sinne deuten; sollte aber eine solche den geschichtlichen Charakter des Rechtes aufhebende Auslegung Männern gegenüber am Platze sein, deren oberstes Bestreben dahin ging, den geschichtlichen Charakter des Rechtes zur Geltung zu bringen? Als „Characteristicum aller Theorien der historischen Schule“ bezeichnet Zitelmann die unrichtige Annahme eines psychischen Gesamtphänomens (S. 419), welches eine Gesamtperson voraussetze (S. 423). Ist aber nicht jede geistige und sittliche Gemeinschaft verschiedener Personen ein „psychisches Gesamtphänomen“, und behauptet nicht Zitelmann selbst ein solches, wenn er die Existenz einer Volksüberzeugung zugibt im Sinne einer im Volke verbreiteten Ueberzeugung, deren Verbreitung „verursacht oder bedingt ist durch die Thatsache der Volksgemeinschaft“ (S. 421)? Der Zurückführung des Rechtes auf den Gemeinwillen setzt Zitelmann den Satz entgegen: „positives Recht ist etwas durch die autoritäre Form seines Daseins allein“ (S. 425). Auctorität ist aber Ueberlegenheit oder Ueberordnung, und zwar nicht physische, sondern geistige oder sittliche. Meinem individuellen Sonderwillen gegenüber kommt

Auctorität einem höheren Willen zu, und dieser ist für mich nie ein schlechthin fremder. Die Auctorität des göttlichen, des staatlichen und des väterlichen Willens ist nicht denkbar ohne Theilnahme des einzelnen am göttlichen, staatlichen und väterlichen Dasein, von welchem der göttliche, staatliche und väterliche Wille sich nicht trennen lässt. Nicht zu begreifen ist, wie Zitelmann, der den unbestreitbaren Satz aufstellt: „nur das weiss jedermann, dass das Recht eine Auctorität über ihm ist“ (S. 435), jede „Verschwisterung der Theorie über die Kraft des Rechtes mit der Ethik“ (S. 462) ablehnen kann. Dieselbe wäre, so meint er, nur begründet, wenn „entweder jede einzelne Rechtsnorm zugleich als Bestandtheil der ethischen Ordnung“ oder „die ethische Ordnung selbst und als solche als geltend“ nachgewiesen würde, was bisher nicht gelungen sei. Unverständlich ist hier die Forderung eines Nachweises der ethischen Ordnung als einer geltenden, da die Existenz und die Geltung einer Ordnung genau dasselbe bedeutet und von einem Zusammenhange der rechtlichen mit der ethischen Ordnung selbstverständlich keine Rede sein kann, wenn es eine ethische Ordnung überhaupt nicht gibt. Dass es eine ethische Forderung sein könnte, „das von der Obrigkeit oder durch Gewohnheit gesetzte“ Recht zu beobachten, gibt Zitelmann zu, wendet aber ein, dass dann immer noch die Frage ungelöst bliebe, „welche Personen denn Obrigkeit sind“. Dass aber die Ethik diese Frage nicht beantworten kann, hebt den Charakter jener Forderung als einer ethischen nicht auf. Oder ist etwa die Pflicht der Vaterlandsliebe oder die Pflicht, die Gesundheit zu schonen, deshalb keine ethische, weil über den Begriff des Vaterlandes und über das zur Erhaltung der Gesundheit Erforderliche die Ethik keine Auskunft gibt?

Soviel über den Zusammenhang des Rechtes mit der Ethik, welchen wir erörtern mussten, um der Behauptung entgegenzutreten, als sei die Annahme eines geschichtlichen Charakters des Rechtes eine Negation seiner ethischen Bedeutung. Wenn nun Stammler neben der Frage, was Recht sein sollte, als eine zweite durch die Mittel der geschichtlichen Rechtswissenschaft nicht zu lösende Frage die bezeichnet, wie aus Rechtsbruch Recht entstehen könne, oder allgemeiner, wie

überhaupt Recht anders entstehen könne als in Gemässheit der bestehenden Rechtsordnung, so ist in Wirklichkeit für die geschichtliche Auffassung zwar die Frage nach den geschichtlichen Bedingungen solcher Rechtsentstehung eine offene, dagegen ihre Möglichkeit eine sich von selbst verstehende. Ist jede Rechtsordnung als Ordnung einer bestimmten geschichtlichen Gemeinschaft ein Product der Geschichte, so kann davon, dass Recht nur in Gemässheit einer bestehenden Rechtsordnung entstehen könnte, keine Rede sein. Die Frage freilich, wann auf Grund eines Bruchs der bestehenden Rechtsordnung eine andere Rechtsordnung entstanden sei, lässt sich ebensowenig mit absoluter Bestimmtheit beantworten als die andere Frage nach den Kennzeichen der vollendeten ersten Entstehung einer Rechtsordnung. Während aber Stammler dafür einen schlechthin bestimmten, a priori feststehenden Massstab fordert, so zeigt die Erkenntniss der geschichtlichen Natur des Rechtes, dass es einen solchen nicht geben kann. So wenig es, wo und wann immer Menschen zusammenleben, am Keime einer Rechtsordnung mangelt, so wenig ist je eine Rechtsordnung eine schlechthin fertige und der Möglichkeit der anders als in Gemässheit ihrer eigenen Bestimmungen sich vollziehenden Aenderung entrückte. Wer aber die Existenz eines positiven Rechtes deshalb leugnen wollte, weil der Punkt sich nicht angeben lässt, auf welchem der Process seines Werdens soweit gediehen ist, um es als ein zur Existenz gelangtes erscheinen zu lassen, der dürfte ebensowenig von der Existenz eines bestimmten Volkes, eines bestimmten Culturzustandes und dergl. reden. Was insbesondere den Fall der im Widerspruche mit ihren bisherigen Bestimmungen sich ändernden Rechtsordnung angeht, so vollzieht sich diese Aenderung nie ohne einen Uebergangszustand, während dessen die alte Ordnung nicht mehr und die neue noch nicht die volle Geltung einer zu Recht bestehenden hat. Gelangt hier die alte Ordnung wieder zur vollen Geltung, so erscheint sie als eine solche, deren Geltung nur in ihrer thatsächlichen Durchführung gehemmt und deren Aufhebung nur rechtswidriger Weise versucht war. Gelingt es dagegen der neuen Ordnung sich zu behaupten, so ist dadurch ihre Herbeiführung nachträglich legitimirt als eine solche, welche dem zur Zeit

derselben bereits im Werden begriffenen Rechte der Gegenwart zum Durchbruche verholten hat auf Kosten des damals schon im Vergehen begriffenen bisherigen Rechtes. Es darf aber diese nachträgliche Legitimierung einer gelungenen Revolution nicht falsch verstanden werden. Sie ist nur eine Legitimierung derselben in Ansehung ihres Erfolges oder der durch sie bewirkten Aenderung der Rechtsordnung und nicht auch eine Legitimierung aller zum Zwecke dieses Erfolges angewendeten Mittel. Verwandelt ein Königreich sich in eine Republik, so ist dadurch nachträglich die zur Zeit ihrer tatsächlichen Vollziehung dem bestehenden Rechte widersprechende Absetzung des Königs legitimirt, aber nicht auch seine, wenn gleich auf Grund gerichtlicher, aber rechtswidriger Verurtheilung erfolgte Tödtung. Wenn sodann es der Erfolg ist, durch welchen die vollzogene Umwälzung zu einer rechtsgültigen wird, so ist dieser doch nie lediglich ein Erfolg der physischen Gewalt. So lange die Rechtsgenossen einen fremden Willen nur um seiner physischen Uebermacht willen ertragen, haben sie ihn sich nicht angeeignet; ist aber die thatsächliche Geltung jenes Willens zu einer vom Motive seiner physischen Uebermacht unabhängigen geworden, so ist er dadurch zum Gemeinwillen oder zu einem für die Angehörigen der bestimmten Gemeinschaft um ihrer Theilnahme an dieser willen massgebenden geworden. Insbesondere gilt dies überall da, wo die bisherige Organisation einer Rechtsgemeinschaft nebst der Aussicht ihrer Wiederherstellung in absehbarer Zeit zerstört ist. Ist in einem Staate an die Stelle der bisherigen eine andere Form der Regierung unter Umständen getreten, welche bis auf weiteres die thatsächliche Möglichkeit der Wiederherstellung der alten Form ausschliessen, so muss jeder, welcher sich als Angehöriger des Staates fühlt, sich zugleich verpflichtet fühlen, die zur Zeit allein mögliche Form seiner Regierung gelten zu lassen; denn meine Theilnahme am Staate schliesst in sich, dass seine Existenz und damit, wenn diese in anderer Form nicht möglich ist, die zur Zeit thatsächlich bestehende Form derselben von mir gewollt sei.

Wenn wir neben das Werk des auf Kant uns zurückweisenden Deutschen als eine Arbeit verwandter Art die Dis-

sertation des Italieners Rivalta stellen, welche die Erneuerung der philosophischen Jurisprudenz auf dem Grunde der Scholastik behandelt, so wird der unbedingte Verehrer Kants darin eine Nebeneinanderstellung entgegengesetzter Dinge sehen, da gerade die endgültige Zerstörung der Scholastik Kants Werk sei. Ist es aber ein Kennzeichen der Scholastik, die Wissenschaft nicht auf Erfahrung, sondern auf Offenbarung oder Auctorität zurückzuführen, so ist jeder ein Scholastiker, welcher in wissenschaftlichen Dingen eine unbedingte Auctorität behauptet, und eine solche nimmt Stammler für Kant in Anspruch, wie vielleicht keine Stelle deutlicher zeigt als diejenige, wo er fragt, ob man vielleicht nur die erste Hälfte des Kantschen Hauptwerkes gelesen habe (S. 40). Dass dieses Werk zu einem Theile unverlierbare Errungenschaften und doch zu einem anderen fundamentale Irrthümer enthalten könnte, scheint Stammler nicht für möglich zu halten. Scholastik ist aber in der That nicht nur Stammlers Kantglaube, sondern auch Kants Ethik. Schon oben (S. 55) wurde der Verwandtschaft ihrer Begründung mit dem auf Anselm von Canterbury zurückgehenden ontologischen Gottesbeweise gedacht. Kants Kritik der reinen Vernunft geht aus von der Beobachtung (Vorrede zur 1. Aufl.), dass die menschliche Vernunft von Grundsätzen anfangt, „deren Gebrauch im Laufe der Erfahrung unvermeidlich und zugleich durch diese hinreichend bewährt ist“, dass aber sie sich dann genöthigt sehe, „zu Grundsätzen ihre Zuflucht zu nehmen, die allen möglichen Erfahrungsgebrauch überschreiten“. Das Resultat seiner Kritik aber geht dahin, dass alle a priori erkennbaren Wahrheiten nichts anderes zum Gegenstande haben als Bedingungen möglicher Erfahrung. Wie nun damit seine von aller Erfahrung abstrahirende Begründung der Ethik sich verträgt, zeigt am besten die Vorrede zur zweiten Auflage der Kritik der reinen Vernunft. Hier wird zunächst wieder „die Einschränkung aller nur möglichen speculativen Erkenntniss der Vernunft auf Gegenstände der Erfahrung“ betont, zugleich aber, „dass wir eben dieselben Gegenstände als Dinge an sich selbst, wenngleich nicht erkennen, doch wenigstens müssen denken können“. Demgemäss wird das theoretische Fundament der Moral in der blossen Denkbbarkeit der sie

bedingenden Freiheit gefunden. „Ich musste also das Wissen aufheben, um zum Glauben Platz zu bekommen“. Gegen diese Ausführung wäre nichts zu erinnern, wenn sie dahin ginge, dass die äussere Erfahrung nebst den a priori feststehenden Bedingungen ihrer Möglichkeit über die Existenz sittlicher Gebote (und ihren von ihrer Existenz nicht zu trennenden Inhalt) keine Auskunft zu geben vermöge, weshalb in Ansehung dieser die innere Erfahrung massgebend sei, welche nach Kants eigenen Grundsätzen als eine mit der äusseren Erfahrung nicht zusammenfallende, aber zusammenhängende zu denken wäre. Sagt doch Kant in seiner Kritik des ontologischen Gottesbeweises (Kr. d. r. V. ed. Kirchmann S. 482): „Unser Bewusstsein aller Existenz . . . gehört ganz und gar zur Einheit der Erfahrung, und eine Existenz ausser diesem Felde kann zwar nicht schlechterdings für unmöglich erklärt werden, sie ist aber eine Voraussetzung, die wir durch nichts rechtfertigen können“. Wenn im Widerspruche damit Kant die Ethik lediglich aus dem Begriffe des Sittengesetzes ableitet, ohne irgendwelche Befragung der Erfahrung über die Existenz und den Inhalt desselben zuzulassen, so ist dieses Verfahren ein echt scholastisches. Den scholastischen, die Allgemeinbegriffe als gegebene Realitäten behandelnden Realismus, welchen Kant im übrigen auf jede Weise verneint, vertritt er selbst auf dem Gebiete der Ethik. „Der Criticismus, so meint Stammler (S. 40), that doch nur dar, dass Vernunft-erkenntniss aus Principien einen anderen Charakter trage als die Erfahrungslehre, aber doch niemals, dass ihr alle und jede objective Realität abgehe“. Eindringlich genug hat aber Kant dargethan, dass die Realität der sittlichen Welt zwar nicht unmöglich, wohl aber schlechthin unerweislich sei. Er verneint damit jeden Zusammenhang zwischen der ausserhalb der Erfahrung liegenden sittlichen und der durch Erfahrung gegebenen realen Welt. Wenn Stammler meint, die Negation des Kantschen Fundamentes der Ethik und damit des Naturrechtes sei nur möglich um den Preis des Materialismus oder der Negation der Sittlichkeit, so trifft dieser Schluss nur zu von Kants Voraussetzung aus, dass die sittlichen Gebote oder Bedürfnisse kein möglicher Gegenstand der Erfahrung seien. Genau ebenso wie Stammler in Kants Be-

gründung der Ethik die einzige mögliche Schutzwehr gegen den Materialismus sieht, hält Rivalta die Rückkehr zur Scholastik für erforderlich

per opporsi all' influenza perniciosa del materialismo schernitore così della logica universale, come di ogni ricerca astratta (S. 59).

Dieser Standpunkt ist aber der consequentere, da er überhaupt den Begriffen ein selbständiges Dasein zuschreibt. Zugleich unterlässt es Rivalta nicht, die Consequenz zu ziehen, dass

la legge positiva ha virtù di obbligare solo in quanto è giusta (S. 96).

Rivalta rühmt der Scholastik nach, dass sie dem Juristen „un sistema completo de cognizioni“ liefert, und daran ist kein Zweifel, dass, wenn wir im Besitze eines solchen Systemes wären, wir den allgemeingültigen Massstab hätten, welchen Stammler fordert. Ein solches System lässt sich freilich als ein fertiges nie aus der Erfahrung ableiten; wer aber verbürgt uns seine Wahrheit, wenn es die Erfahrung nicht thut? Die Wahrheit der Lehren des Thomas von Aquino verbürgt bekanntlich dem Katholiken die Auctorität des Papstes, welchem auch Rivaltas Schrift gewidmet ist. Für denjenigen aber, welcher in Fragen der Erkenntniss eine persönliche Auctorität nicht anerkennt, giebt es in Sachen des menschlichen Verhaltens neben der individuellen Erfahrung keinen grösseren Lehrmeister als die Geschichte. Wie aber diese selbst eine nie fertige, sondern stets sich weiter entwickelnde ist, so sind auch die aus ihr zu schöpfenden Lehren den menschlichen Zuständen und Bedürfnissen nicht nur als gewordenen, sondern ebenso sehr als werdenden zu entnehmen, und es ist höchst einseitig, wenn Stammler meint, dass die geschichtliche Auffassung „statt des . . . Haltes vernunftgemässer Erwägung nur verhärtetes Material der Geschichte zu bieten im Stande ist“. Wer freilich an ein fertiges System der menschlichen Erkenntniss glaubt, der kann nur, wie Rivalta am Schlusse seines Buches thut, die Annahme eines geschichtlichen Fortschrittes des Rechtes als eine utopische bezeichnen.

VII.

Das Statut für die Zunft der Elfenbeinarbeiter.

Von

Herrn Dr. **Otto Gradenwitz**

in Berlin.

In Trastevere wurde im Herbst 1886 ein Fragment von Marmor gefunden, worauf eine zu Hadrians Zeiten gefertigte Inschrift steht, die durch Wasser und Feuer allerdings sehr gelitten hat. Sie wurde im *Bulletino della commissione archeologica comunale di Roma* 1887 (S. 3. ff.), unter Beifügung einer vorzüglichen Phototypie, durch Borsari besprochen.

Später nahm Hr. Hülsen eine neue Lesung vor, bei der er unter anderem constatirte, dass die Inschrift nicht, wie Borsari gelesen, von *corarii*, sondern von *eborarii* (Elfenbeinarbeitern) handelt¹⁾.

Die jetzige Besprechung ruht im wesentlichen auf Hrn. Hülsens Lesung; im Frühjahr 1889 sahen Hr. Hülsen und ich uns die Inschrift noch einmal an, wobei noch einiges mehr und wenig anders gelesen wurde als vorher. Damals befand sich die Inschrift im Hause des Herrn Borsari, wo uns die Berücksichtigung freundlichst gestattet wurde; jetzt ist der Stein an das *municipio* verkauft.

Im folgenden soll zunächst die ursprüngliche Gestalt des Steines, dann der Inhalt der Inschrift besprochen werden.

Die Inschrift lautet nach Hülsen:

(x × 32) *Aelianus ius scholae tetrastyli* | (x × 32 + 2)
Aug. quo conveniretur a negotiantibus | (x × 32 + 4) *eboraris* dedit.

Item (?) p lacere ut si alius quam negotiator eborarius
s aut citrarius per || (10?) curatorum in hoc collegium adlectus

¹⁾ Vgl. Hülsens kurze Bemerkung in den Mittheilungen des Kais. arch. Inst. in Rom. 1889. S. 282.

esset, uti curatores eius | (8?¹)) *ex albo raderentur*²) ab ordine. debebunt utique curatores de eo | (8?) adlecturi fuerint ante ad quinqu(ennalem)³) referre. |

(9?) item uti K(alendis) Ian(uariis) strenuam * V ex arca (3) a curatoribus (4) cuiusque | (8) *mustacium* et palma et carica et pir(3) osch (3) m (3) VIII (3) Febr. || (9) *Hadriani Aug* 10 (usti) sportulae darentur * V et a *curatoribus* praestari placuit (15) *caldam* passive iis qui ad tetrastylum epulati fuerint | (20) *Iuli Aeliani* sportulae ex arca darentur * III et a *curatoribus* (13) *passive* praestari placuit iis qui ad tetrastylum epulati | *fuerint* (16) *Iuli Flacci* it *em* (?) sportulae ex arca darentur et a curatorib(us) (27) e praestari placuit iis 15 qui ad tetrastylum epulati fuerint | (29) sport(ulae) ex arc(a) darentur (3) I (8) us passive iis | *qui ad tetrastylum epulati fuerint.* item plac (3) u orina (5) *III idus a(ug.) die*⁴) imperi | (32 um ep (3) test (10) sui cuiusq anni | (37?) a X (2) s omnibus annis divideretur. item || (31?) annis fierent (8) 20 ordinem. item placere | (33?) ve anni comm(s) u (1) s (1) ntia acciperent | (35?) in arca corporis curatores dividerent aequis | (36?) inferrent senti (5) atis a curatorib(us) sing(ulis) | (31?) item placere uti adlect (5) eod(em) anno (5) darent || 25 (36?) utrisq(ue) erogentur. item placere uti | (35?) o inferrent arcae X (2).

I. Ursprüngliche Gestalt des Steines.

Der Stein ist, was Tiefe und Länge angeht ($0,08 \times 0,30$ nach Borsari) vollständig erhalten; nicht so in der Breite: der Anfang einer jeden Zeile fehlt, oben wenig, unten viel: die Breite des erhaltenen Theils beträgt oben 0,56 Inschrift + 0,03 Rand = 0,59, unten 0,30 Inschrift + 0,03 Rand = 0,33, also nicht viel mehr als die Hälfte des obersten Theiles. Es ist daher nicht möglich, die Gestalt direct zu bestimmen.

¹) *rei causa* (Mommsen). — ²) *ex albo raderentur* Mommsen. Hülsen las: *xaebora e entur*. — ³) „Die Ergänzung *ad quinqu(ennalem)* ist insofern bedenklich, als deren Zahl nicht fest zu sein scheint. Beispiele: ein qq: C. VI, 4418, zwei: C. XXI, 258 ein C XXI, 284. In der *lex coll. Aesc. et Hyp.* C VI 10234 neben einem qq. *perpetuus* mehrere *curatores*.“ Mommsen. — ⁴) Hirschfeld.

Borsari (a. a. O. S. 4) schloss daraus, dass die 3. und 7. Reihe nicht bis zum Ende der Zeile beschrieben sind, es müsse vorn mindestens ein ebenso grosses Stück fehlen, wie hinten frei sei (aus Gründen der Symmetrie), so dass in Ueberschrift und Text mindestens $\frac{1}{2}$ weggebrochen sei. Allein einmal trifft die Voraussetzung, dass die letzte Zeile von Ueberschriften stets freigestellt worden sei, sehr häufig nicht zu, und sodann ist es auch Z. 17 möglich, zu erkennen, dass im Texte fast gar nichts in den ersten Reihen fehlt. Ergänzt man nämlich dort: *qui ad tetrastylum epulati*, so kommt man in der Senkrechten fast genau auf das A von Aelianus der Ueberschrift. Aber Hülsen bemerkte, dass in der Ueberschrift allerdings viel mehr fehlen müsse, und schloss daher, dass hier, wie so häufig, die Ueberschrift sich über mehrere Textcolumnen erstreckt habe, von denen die erste (oder alle bis auf die letzte) uns verloren seien. Seine Vermuthung ist so einleuchtend, dass Gründe in Menge zuströmen. Dass ein Statut begonnen habe mit einer Bestimmung für den möglichen, aber doch seltenen Fall, wo es einem nicht Zunftmässigen geglückt ist, mit Hülfe der *curatores* Aufnahme in die Zunft zu finden, ist unglaublich; dass vorher die Ankündigung *Lex collegii* gefehlt habe, ist unmöglich; dass das Statut sich in seinem weitaus grössten Theile bloss mit Mahlordnungen und dergleichen befasst hat, wird niemand annehmen, der die anderen Statute vergleicht. Endlich macht Hülsen noch darauf aufmerksam, dass vor A]elianus wahrscheinlich die antike linke Kante des Steines zu fühlen ist; dies ergäbe für unseren Stein $59 \text{ cm} = 2 \times 29,5 \text{ cm} = 2$ römische Fuss; nun wurde das Fussystem bei der Behauung von Steinen zunächst zu Grunde gelegt; daher ist auch aus diesem ganz äusserlichen Umstande wahrscheinlich, dass uns ein Stein eben ganz erhalten ist, dem ein anderer vorangestellt war; durch beide Steine ging die Ueberschrift, jeder Stein enthielt eine Columne, und die verloren gegangene Columne gerade die wichtigsten Bestimmungen.

II. Der Inhalt der Inschrift.

Vier Theile sind zu unterscheiden; der zweite und dritte sind durch einen neuen Absatz bemerklich: A) Ueberschrift,

B) Aufnahme des nicht zum Fach Gehörigen, C) Festordnungen, D) Einige verstümmelte Bestimmungen über Beiträge und Auszahlungen.

A. Die Ueberschrift.

Diese belehrt uns, dass Aelianus (nach Z. 12 Julius Aelianus) der Zunft der eborarii ein ius gegeben habe. Er ist also einer der Wohlthäter der Zunft, ähnlich wie bei der Lanuvina L. Caesennius Rufus, beim Collegium des Aesculapius Marcellina und Aelius. Dafür wird auch sein Geburtstag gefeiert (Z. 11).

Ueber den Ausdruck ius in dieser Anwendung verdanke ich der Güte des Herrn Prof. Mommsen folgende Erörterung: „Ius ist nicht das Statut, woran man hier gedacht hat, sondern das geschenkte Object; vgl. z. B. C. VI 10238: quod si q(u)is eorum partem iuris sui vendiderit. VI 4940: emit de L. Pinario Rufo quod fuit iuris L. Viriani Lab. Aber für das einfache Eigenthum (scholam dedit) steht ius scholae dedit gewiss nicht; es wird wohl dem Collegium nur das Recht gegeben worden sein, sich in der fraglichen Oertlichkeit zu versammeln, ohne dass diese selbst den Eigenthümer wechselte; ob dieses der Staat war oder Aelianus, ist nicht zu entscheiden. Analog ist die Inschrift von Tusculum C. XIV 2634: ein angesehener Mann wird vom collegium dendrophorum geehrt und baut darauf, scholae eorum loco impetrato ab ordine, dieselbe aus. Hier wird offenbar das Gebäude auf Gemeindeboden errichtet.“

Ueber die schola tetrastyli Aug. bemerkt Herr Prof. Mommsen: „Die schola begegnet oft, das tetrastylum auch mehrfach (C. XIV, 2112. 2416); verbunden sind sie mir sonst nicht vorgekommen. Schola tetrastylus in der Weise zu verbinden, wie Vitruvius das Wort adjectivisch als 'viersäulig' verwendet, woran man gedacht hat, ist dem gangbaren substantivischen Gebrauch des Wortes für das von vier Säulenreihen eingeschlossene Gebäude nicht angemessen und wird ausgeschlossen durch Z. 15 qui ad tetrastylum epulati fuerint. Dass schola und tetrastylum coordinirt stehen, etwa durch eine am Schluss stehende Partikel verbunden, ist ebensowenig wahrscheinlich. Vielmehr wird das atrium tetrastylum, das

auch Vitruv schon kennt (Marq. Handb. 7, 217), hier ebenso gemeint sein wie in den Arvalurkunden und wo sonst in der Kaiserzeit tetrastylum absolut auftritt. Das Bauwerk, von dem hier die Rede ist, gehört also architektonisch in eine Reihe mit dem atrium libertatis, dem atrium Vestae und ähnlichen. Danach dürfte schola hier, wie öfter besonders in späterer Zeit, den Versammlungsraum des Collegium bezeichnen und dieser innerhalb eines tetrastylum (in dem Sinn, wie vita Gord. 32, 2 das Wort gebraucht wird, vgl. Henzen Arv. p. XXII) ausgemacht gewesen sein. In dem folgenden . . . Aug. kann alles mögliche stehen, da mindestens 28 Buchstaben fehlen; am nächsten liegt (vgl. die oben angeführten, das tetrastylum nennenden Inschriften) eine locale Determination. quod est a dextra aedis Fortunae Aug. oder dergl. Z. 3 macht ebenfalls grosse Noth, besonders weil dedit seinen Dativ verlangt. Man kann vorschlagen a negotiantibus [eboraris data lege i. s. isdem negotiantibus e]boraris dedit.“

B. Die Aufnahme des alius quam negotiator.

Der juristisch bei weitem interessanteste Theil der Inschrift sind die folgenden vier Zeilen: Sie handeln von dem Fall, wo einer, der nicht in Elfenbein oder Citrusholz arbeitet, durch Bemühung der Curatoren in das Colleg hineingebracht ist; die Citrusholzhändler werden also den Elfenbeinhändlern hierin gleichgestellt, obwohl die Stiftung nach der Ueberschrift nur den eborarii gilt; die Gleichstellung erklärt sich daraus, dass die Luxustische aus Citrusholz, von denen auch in den Pandekten die Rede ist¹⁾, mit Elfenbeinfuss gearbeitet wurden; darum hatten eborarii und citriarii häufig mit einander zu thun und waren gewissermassen auf einander angewiesen²⁾.

Um die Wichtigkeit der folgenden Bestimmung zu würdigen, muss man sich vor Augen halten, dass bis zur Auffindung unseres Steines — ja bis zu der durch Mommsen festgestellten richtigen Lesung des Anfangs der Z. 6³⁾ — es

¹⁾ z. B. D. 19, 1, 21, 2: veluti si quis mensas quasi citreas emat quae non sunt. — ²⁾ Marquardt-Mau, Privatleben Bd. 2 S. 723. Hülsen a. a. O. S. 282. — ³⁾ Es sei gestattet, über die Lesung folgende historische Notiz beizubringen: Dass die Inschrift von eborarii handelt, hatte Hülsen herausgefunden; es war natürlich, dass er ver-

durchaus zweifelhaft war, ob die römischen Handwerkerzünfte sich streng auf Fachgenossen beschränkten, oder ob sie ausnahmsweise auch solchen Aufnahme gewähren konnten, die, ohne zum Fach zu gehören, sich in anderer Weise brauchbar oder nützlich erwiesen, und etwa als ausserordentliche Mitglieder fungiren konnten.

Herr Prof. Mommsen bemerkt hierzu noch: „Die Inschrift aus der Gegend von Thun (inscr. Helvet. nr. 212) . . Amill[ius] Polynices [n]atione Lydus, artis [a]urifex, corporis fabr(um) tignuariorum, [a]pud eosdem omnib(us) [h]onoribus functus verdient Erwähnung; auch der Sohn ist eiusdem artis [e]t corporis. Es können hierüber natürlich statutarisch sehr verschiedene Ordnungen gegolten haben; doch ist auch zu erwägen, dass die fabri tignarii als Löschmannschaft verwendet wurden (Marquardt, Handb. 7, 719, Hirschfeld, Galliche Studien III) und daher hier am ersten auch solche Aufnahme finden konnten, die nicht Zimmerleute waren¹⁾.“

Jetzt erfahren wir, mindestens für eine Zunft, dass die Aufnahme solcher alii quam den Beamten nicht nur verwehrt, sondern mit der härtesten Strafe bedroht war. Wo die Statute sonst Strafen für Beamte festsetzen, sind es meist²⁾ Geldbussen, die als Ordnungsstrafen aufzufassen sind (coll. Aescul. Z. 19): in unserem Fall trifft sie schlimmeres: sie scheiden aus

muthete, eborā lesen zu müssen, wo bora sicher war, und der vorhergehende Buchstabe ebensowohl ein e wie ein l mit einigen Strichen, die durch Verwitterung entstanden, sein konnte. In Folge dessen zweifelte niemand an dem eborā, und alle, denen die Inschrift vorlag, bemühten sich vergebens, das folgende — e — entur herauszubekommen, — so war das Räthsel eben nicht zu lösen. Mommsen dagegen, indem er statt xa e bora eben xa lbora las, gewann sofort die richtige Worteintheilung und damit das übrige:

nicht: xa|ebora|? e? entur,

sondern: x|a|bo|ra e entur.

¹⁾ Interessant ist der von Hirschfeld a. a. O. aufgeführte Brief des Plinius mit Trajans Antwort X 32, 34. Plinius erbittet die Autorisation zur Errichtung eines Feuerwehrcorps in einer Stadt und nimmt es auf sich, zu verhindern, dass andere als fabri hineinkommen: trotzdem verweigert der Kaiser die Erlaubniss aus politischen Gründen. —

²⁾ Vgl. Liebenam in dem unten genannten Werk S. 223, 234; er führt daneben noch den Verlust des Amtes und die dauernde Unfähigkeit zur Bekleidung eines solchen an.

der Zahl der Mitglieder aus, nicht bloss aus dem Amte; denn das *album*, die Liste, umfasst zunächst die Vornehmen, die *patroni* der Zunft, geordnet mitunter nach ihrem Stand als Senatoren und Ritter, dann die *honorati* und dann die *plebs*¹⁾. Die betreffende Person wird also nicht im Vorstand und unter den Mitgliedern, doppelt, geführt, sondern nur einmal, und wer als *Curator* ausradirt ist, ist es auch als Mitglied, es ist nicht Degradation, sondern Cassation. Die Strafe wird vollzogen durch Auskratzen der Namen, denn die Alten nehmen es genau mit der Fiction, der Betreffende habe die Stelle, deren man ihn für unwürdig erklärt, nie gehabt. *Radere* und *eradere* ist hierfür bezeugt; Tac. Ann. 4, 42: *eradere albo senatorio*; ibid. 3, 17: *nomen Pisonis radendum fastis*; Sueton Claud. 16: *erasit albo iudicum*. Bekanntlich wurde auch, wenn ein Kaiser durch *damnatio memoriae* der Vergessenheit überliefert werden sollte, sein Name, „wo er öffentlich genannt war, getilgt“²⁾, und dieses Schauspiel wiederholt sich auf der kleinen Bühne der Zunft.

Manche Zunftverzeichnisse haben Zeichen solcher Rasuren. Nach dem *album* C. I. L. XIV 251 col. I l. 2 ist der oberste Vornehme, der *princeps* der Liste, von diesem Schicksal betroffen worden; in dem Fall hat es sich gewiss um eine politische Verwicklung, nicht um eine Pflichtwidrigkeit der Zunft gegenüber gehandelt. Aber anderwärts: C. I. L. XIV 246 col. III l. 3, col. IV l. 28, col. V l. 4 sind Mitglieder mitten aus der Zahl heraus getilgt, und da dürften wohl dem vorliegenden ähnliche Vorkommnisse der Grund gewesen sein.

Die Rechtsfolge, mit der die *Curatoren* bedroht sind, ist sonach einfach genug; dagegen ist es nicht ebenso klar ersichtlich, wie das Verhalten der Zunft gegen den Eindringling selber war, — dass man sich damit begnügte, freiwilligen Austritt von seinem Ehrgefühl zu erwarten, ist nicht anzunehmen, im übrigen sind zwei Möglichkeiten:

1) Wie bei der *damnatio memoriae* knüpfte sich vielleicht an die Streichung aus den Listen auch hier eine *rescissio*

¹⁾ Ausnahmsweise kommen allerdings einige *quinquennales* noch einmal unter der *plebs* vor: C. I. L. XIV 251. — ²⁾ Mommsen, Staatsrecht Bd. II 1134.

actorum; solche ist freilich in der Praxis mehr Revision als Rescission gewesen, liess aber gewiss nie den Act bestehen, der Veranlassung zu dem ganzen Aergerniss war: man würde also den curatores den alius quam nachgesendet haben. Indess ist es nicht wahrscheinlich, dass die Sache ohne Anlehnung an sonstige statutarische Bestimmungen so einfach vor sich ging.

2) Eine solche Bestimmung kann man sich aber wohl vorstellen: Adlectio, Ergänzungs- oder Nachwahl, ist bei solchen Körperschaften, die, wie der Senat der späteren Republik, periodisch formell ganz neu zusammengesetzt werden¹⁾, eine ausserordentliche Art der Ergänzung, — bei collegia, die einen Stamm von alten Mitgliedern stets behalten, ist es einfach die regelmässige Aufnahme: diese erfolgt bei unserer Zunft durch die Jahresbeamten, wie wir aus dem Satz debebunt utique curatores de eo ita adlecturi fuerint, ersehen. Unzweifelhaft war ihnen die rechtliche Macht dazu durch das Statut (auf einer früheren Tafel) ausdrücklich zuerkannt, aber wahrscheinlich mit Beschränkung auf eborarii und citriarii, so dass, wenn sie einen alius quam aufnahmen, dieser ohne eine Stütze im Statut, also nichtigerweise aufgenommen war. Die uns erhaltene Bestimmung ist dann gewissermassen die Strafsanction einer Lex plus quam perfecta, und das Ganze so zu denken: die curatores sind dazu ermächtigt, eborarii bez. citriarii aufzunehmen, d. h. e contrario: einen anderen in die Zunft hineinbringen können sie nicht; überdies: placere ut . . ., d. h. versuchen sie es und nehmen ihn — formell betrachet — auf, so scheiden sie aus. Der schon erwähnte Schlusssatz lässt wohl darauf schliessen, dass eine solche Machtstellung der curatores nicht das Regelmässige war: der Satz bringt noch eine Cautel, wie wenn man sich schliesslich doch nicht recht getraut hätte, die curatores so frei hinzustellen: sie sollen vorher an den Vorstand für das lustrum berichten, — augenscheinlich damit das Vorkommen von Fehlern auf Kosten der Zunft thunlichst erschwert werde. Hier heisst es üb-

¹⁾ Mommsen a. a. O. II 418 ff.

rigens bloss debebunt, es scheint dies eine *lex minus quam perfecta* zu sein.

Nehmen wir somit an, dass es sich bei der *adlectio* um ein Ehrenrecht handelt, das den Unterbeamten gerade dieser Zunft — und zögernd — zugestanden war, so wird die Strenge begreiflicher; immerhin bleibt die Strafe sehr hart, es wird in ihr wohl eine übermässige Reaction gegen einige besonders anstössige Vorfälle innerhalb dieser Zunft oder verwandter Zünfte zu erblicken sein, und zu bedenken ist auch folgendes:

1) Der Satz: *si alius quam negotiator eborarius aut citrarius per curatorum in hoc collegium adlectus esset* enthält den Thatbestand für die besprochene Rechtsfolge, — leider lückenhaft, aber doch so, dass hinter *per* ein Wort ergänzt werden muss, das die ganze Bestimmung milder erscheinen lässt; es sind nur wenige Striche erhalten; aber mag man *negligentiam* oder *incuriam* oder *socordiam* oder *collusionem* vermuthen, sicher scheint, dass durch das fehlende Wort den *curatores* Straffreiheit für den Fall erwirkt war, wo sie von dem *alius quam* in entschuldbarer Weise getäuscht waren.

2) Daraus, dass die Strafsanction auf dem geduldigen Stein eingegraben wurde, folgt noch nicht, dass man sie in der Praxis befolgt hat. Hier mag man es vorgezogen haben, den Eindringling zu dulden, statt mit ihm eine Anzahl tüchtiger Mitglieder zu opfern ¹⁾.

¹⁾ Dafür, dass in der That die Zunftstatuten sich als ungenügend erwiesen, die Aufnahme Unwürdiger zu verhindern, spricht die von Liebenam in seinem soeben erscheinenden Werke: „Zur Geschichte und Organisation des römischen Vereinswesens“ S. 42 erwähnte That-
sache, dass durch Pius — also etwa ein Menschenalter nach unserer
Inschrift — Bestimmungen, betreffend Lebensalter und körperliche
Rüstigkeit der Genossen von Staatswegen ins Werk gesetzt wurden. —
Nicht mit Unrecht führt Liebenam a. a. O. S. 43 hierbei das Wort
des Kaisers an (*Vita Antonini Pii* c. 7): *nihil esse sordidius immo cru-
delius, quam si rem publicam is adroderet, qui nihil in eam suo labore
conferret*. Aber in der Verfügung selbst möchte ich weniger eine
„staatliche Controle über das Vereinswesen“ (Liebenam a. a. O. S. 43)
sehen, als ein staatliches Misstrauensvotum, durch welches die staat-
lichen Consequenzen aus der Zugehörigkeit zur Zunft (z. B. immuni-

Wichtig für die Erkenntniss der Verfassung unserer Zunft ist der Schlusssatz: *debeant utique curatores de eo* [? *homine quem?*] *adlecturi fuerint*¹⁾, *ante ad quinqu(ennales? ennalem?) referre*. Er nimmt sich an dieser Stelle eigenthümlich aus, denn die Vorschrift, dass an die Oberbehörde zu berichten ist, erwartet man eher hinter dem Paragraphen, der den *curatores* das Recht des Zuwählens giebt, als hinter demjenigen, der den Missbrauch dieses Rechts bestraft. Vielleicht ist der Satz erst bei einer Neuredaction nachträglich eingefügt und so an diese Stelle gekommen.

Sachlich liefert der Satz einen neuen Beweis für die bekannte Thatsache, dass *quinquennales* der Zünfte, wo sie mit *curatores* concurriren, die Vornehmeren sind: denn ein Bericht wird naturgemäss an den Höheren abgestattet. Wenn eine Körperschaft aus ihrer Mitte Vorsteher auf ein Jahr wählt (und das *sui cuiusque anni* Z. 18 dürfte sich auf die *curatores* beziehen), daneben solche auf fünf Jahre, so lässt sich bei mässiger Mitgliederzahl wohl für die ersteren das Princip der Anciennetät festhalten, nicht aber für die letzteren (auch wenn ihrer zwei oder drei neben einander im Amte sind): denn die menschliche Lebensdauer ist dafür zu kurz: es wird also das Lustralamt zu einer Auszeichnung für die Besten. So stehen die *quinquennales* bei der Aufzählung der Mitglieder stets vor den *curatores*²⁾, sie werden bei den Spenden reichlicher bedacht als die *curatores*³⁾, und was ganz charakteristisch ist, nach unserer Inschrift scheint es, sollen sie straffrei ausgehen, obwohl sie durch den Bericht doch in Kenntniss gesetzt waren von dem, was die *curatores* vorhatten. Es scheint, dass man eine *collusio* seitens der *quinquennales*

tas), und nur diese, abgelehnt werden für Fälle, wo die Zunft zu Unrecht aufgenommen hat: mochte der *navicularius* ohne *navis* immerhin in der Zunft sitzen, — das *Privilegium* bekommt er nicht. L. 6 § 6 D. 50, 6 (so Marcus und Verus). Für die wirkliche staatliche Controlle, die in der Concessionirung liegt, bietet einen interessanten Beleg die kleine Inschrift: *constitutiones corporis munimentum*, auf die Herr Prof. Mommsen mich hinweist. (Matz-Duhn S. 365.)

¹⁾ *Adlecturi fuerint* ist das Futurum von *adlecturi sunt*; vgl. Madvig, Lat. Gramm. 343; *fuerint* steht statt *erunt*, wie z. B. Z. 11 bei *epulati fuerint*. — ²⁾ Vgl. die genannten Inschriften. — ³⁾ *Lex coll. Lanuvina* II 8 und 17.

für ganz ausgeschlossen hielt und darum nur die niederen Beamten zur Verantwortung zog, etwa wie nur die *magistratus municipales*, nicht die Oberbeamten, bei der Bestellung schlechter Vormünder hafteten. — Diese Straffreiheit der *quinquennales* ist nicht überall wiederzufinden: die *lex Coll. Aesc. et Hyg. 21* verhängt über *quinquennalis* und *curatores* gleichmässig Ordnungsstrafen.

Hinter *ex albo raderentur* kommt eigenthümlich nachschleppend: *ab ordine*; der *ordo* ist also die Instanz für die Entfernung der *curatores*; unter *ordo* ist bei Körperschaften die Gesammtheit der Mitglieder, die Plenarversammlung, nicht ein Ausschuss, Rath oder ähnliches zu verstehen¹⁾.

C. Die Festlichkeiten der Zunft.

Durch einen Absatz kenntlich gemacht, folgen die Bestimmungen über die Festtage der Zunft. Es sind deren vier oder fünf im Jahr: Neujahr, Kaisers Geburtstag und die Geburtstage der Patrone. Der Abschnitt ohne den Anhang (s. f. S.) reicht bis Z. 17 zu Anfang (*fuerint*). Der Beginn jeder einzelnen neuen Norm ist dadurch kenntlich, dass das Datum voransteht und bei den Geburtstagen die ganze Verfügung immer mit der Beschränkung auf die zum Speisen im *tetrastylum* wirklich erschienenen Mitglieder schliesst:

1) Diese Beschränkung fehlt bei der Neujahrsfeier; es ist daher vielleicht anzunehmen, dass für den Neujahrstag nur die Spende von Brot und Nachtisch, nebst Geld²⁾ für das übrige, nicht aber ein gemeinsames Mahl in Aussicht genommen war. Es sollen je 3 Denare aus der *Casse* gezahlt und durch die *curatores* folgende Esswaaren vertheilt werden: Mohnkuchen, Datteln, Karische Feigen und eine Sorte Birnen.

2) Z. 6 bis Z. 8 zu Ende: Am 25. Januar, als am Geburtstage des regierenden Kaisers Hadrian, soll die gleiche Spende an Geld gegeben und ausserdem allen denen, die im *tetrastylum* speisen, etwas von den *curatores passive*, d. h. *promiscue*³⁾, nicht *ubique*, zugetheilt werden. Was dies etwas war,

¹⁾ Mommsen, a. a. O., III 459 A. 1. — ²⁾ Die Form *strenua* statt des üblichen *strena* findet sich auch sonst. — ³⁾ Mommsen, Mittheilungen des Kais. Arch. Inst. 1888, S. 82.

ergiebt sich nicht; nur dass calda, das ist in der gewöhnlichen Bedeutung warmes Wasser, mit dabei sein sollte, ist zufällig erhalten.

3 und 4) An den Geburtstagen von Aelianus (bis Z. 13 epulati, wozu als Anfang auf Z. 14 fuerint zu ergänzen ist) und Flaccus (bis Z. 15 zu Ende) sollen ebenfalls sportulae gegeben werden, aber geringere, am Aelianustage 3 Denare, wieviel am Flaccustage, ist nicht gesagt. Ausserdem war noch etwas von den Curatoren zu vertheilen.

5) Nun folgt eine kürzere Bestimmung, dass an einem wahrscheinlich nur kalendarisch bestimmten Tage eine eben-solche Spende stattzufinden habe (bis Z. 17 fuerint).

Anhang. Nicht ein Festessen, sondern vielleicht ein festlicher Aufzug wird in einem neuen, mit item plac (Z. 17) angekündigten Bestimmung festgesetzt für den 30. Juli, den dies imperii Hadrians. Herr Prof. Hirschfeld, der die Ergänzung nach vita Hadriani c. 47 vorgenommen, macht darauf aufmerksam, dass die Festtage offenbar in kalendarischer Folge aufgezählt sind.

D. Die Schlussbestimmungen.

Einige Normen folgen, enthaltend die Rechtsfolge, dass an die Mitglieder oder an die Jahresbeamten auszuzahlen, in anderen Fällen wiederum von ihnen ein Beitrag zu erheben ist. Die Thatbestände sind zum grössten Theil zerstört; in der drittletzten und der vorletzten Zeile handelt es sich wohl um scamnari nomine zu entrichtendes Geld.

VIII.

Beiträge zur Interpretation von Scävolas Digesten.

Von

Herrn Geheimerath Professor Dr. **Schirmer**
in Königsberg.

1. L. 35 § 1 D. de donat. 39, 5. Lucius Titius fundum Maeviae donavit et ante traditionem eundem fundum post dies paucos Seio pignori obligavit et intra dies triginta Maeviam in vacuum possessionem eiusdem fundi induxit: quaero, an donatio perfecta sit. respondit, secundum ea quae proponerentur perfectam: verum creditorem firmam pignoris obligationem habere (Scaevola lib. 31 Dig.).

Es liegt auf der Hand, dass die Anfrage in dieser Stelle, „an donatio perfecta sit“, sich auf das Recht der lex Cincia bezieht, und dass es sich, da nur die typischen Namen Lucius Titius und Maevia als die der handelnden Parteien angegeben werden, um personae non exceptae handelt. Es ist ferner unter dem Grundstück ein fundus Italicus zu verstehen, einmal, weil jeder Hinweis auf dessen Provincialeigenschaft fehlt, dann aber auch, weil ohne das die ganze Frage sich darauf reduciren würde, ob die Schenkung eines mit einer Hypothek belasteten Grundstückes als perfecta donatio gelten könne, worüber vernünftiger Weise kein Zweifel zu erheben war. Endlich passt auch der Schlusssatz des Responsum, der die Rechtsbeständigkeit der Verpfändung erst hervorhebt, nicht zu der Voraussetzung eines bestehenden Pfandrechts als Zweifelsgrund. Von zwei Momenten würde also die Perfection der Schenkung abhängen, der Mancipation und Tradition (fr. Vat. § 313). Es ist kaum möglich, dass Scävola der ersteren nicht ausdrücklich sollte erwähnt haben, dass man etwa den Hinweis auf dieselbe in dem unbestimmten „donavit“ sollte

erkennen müssen. Dies Wort drückt im Grunde nicht mehr aus als „Erklärung des Schenkungswillens“, wie eine solche z. B. in den *professiones apud acta factae* (fr. Vat. § 266^a 268. 285), die der Mancipation und Tradition voranzugehen pflegten, oder in einer *epistola* enthalten ist, so dass Papinian geradezu von einem *donare per epistolam* redet (fr. Vat. § 263), obschon weder Mancipation noch Tradition nachgefolgt ist, also gar kein gültiges Rechtsgeschäft vorliegt („*nihil egisse placuit*“). Es ist demnach nicht wohl möglich, dass Scävola diesen unbezeichnenden Ausdruck gewählt haben könnte, um dadurch das prägnante *mancipio dedit* oder *mancipavit* zu ersetzen. — Wo haben wir also die Erwähnung der Mancipation zu suchen? Einzig und allein da, wo sie sich in der Justinianischen Compilation regelmässig verbirgt, hinter dem „*ante traditionem*“. Es ist meiner Meinung nach unrichtig, diese Worte mit Mommsen in seiner Pandektenausgabe für ein Glossem zu erklären; Scävola schrieb „*et ante mancipationem*“ und sagte damit in seiner knappen Weise zweierlei, einmal, dass das Grundstück nachmals an die Maevia mancipirt, dann aber, dass noch vorher das Verpfändungsgeschäft mit dem Seius abgeschlossen wurde. Wäre dies erst nach erfolgter Mancipation geschehen, wie man annehmen müsste, wenn man den Mancipationsact in dem „*donavit*“ versteckt glaubt, so wäre, wie mir scheint, viel eher die Frage nach der Gültigkeit der Verpfändung, als die nach der Perfection der Schenkung aufzuwerfen gewesen; ja, ich wüsste überhaupt nicht, wie man die Existenz des Pfandrechtes unter diesen Umständen begründen könnte. Das Eigenthum ist gültig in civiler Form an den Beschenkten übertragen, von der *exceptio legis Cinciae* ist nicht allein kein Gebrauch gemacht, sondern durch die nachfolgende Uebergabe sogar jede Möglichkeit, sich der Einrede zu bedienen, abgeschnitten. Darf man nun, selbst wenn man der Proculeianischen Meinung beipflichtet, („*quasi popularis sit haec exceptio*“ fr. Vat. § 266), dem Hypothekargläubiger die Einrede zugestehen, die der Hauptbetheiligte längst nicht mehr hat, oder gar ihm daraufhin eine *actio hypothecaria* gewähren?

Welcher Art ist nun aber die Verpfändung gewesen? An ein Faustpfand ist nicht zu denken, da die Uebergabe des

Grundstückes an den Beschenkten anstandslos vollzogen wird. Gegen eine Hypothek spricht gleichfalls der Umstand, dass deren Bestellung kaum einen Zweifel an der vollen Rechtsbeständigkeit der Schenkung zu begründen geeignet erscheint. Ganz anders, wenn man eine Fiduciirung voraussetzen darf. Statt „*pignori obligavit*“ würde Scävola „*fiduciae dedit*“ oder, was mir noch wahrscheinlicher ist, „*fiduciae obligavit*“ geschrieben haben. Hätten die Compileren „*fiduciae dedit*“ vorgefunden, so dürften sie dafür einfach „*pignori dedit*“ gesetzt haben und hätten schwerlich bloss deshalb „*dedit*“ in „*obligavit*“ geändert, um hervorzuheben, dass der Besitz des Grundstückes nicht an den Gläubiger gelangt ist; zudem entspricht das „*firmam obligationem habere*“ am Schlusse dem voraufgehenden „*obligavit*“ und weist auf dieses zurück. Allerdings ist *fiduciae obligare* ein ungewöhnlicher Ausdruck, aber doch nicht ganz ohne Analogie; L. 9 C. Th. de infirm. his quae sub tyr. XV 14 steht wenigstens „*pignoris atque fiduciae obligatio perseveret*“, und Scävola hatte allerdings in dem Zusammenhange der ganzen Stelle guten Grund, die geschehene Fiduciirung als „*fiduciae obligatio*“, nicht als „*fiduciae datio*“ zu bezeichnen. In dieser Charakterisirung des Geschäftes liegt eben schon die Beseitigung des laut gewordenen Zweifels. Nimmt man nun an, dass in dem Fragmente ursprünglich von einer *fiducia* die Rede war, so erhält auch, wie denn überhaupt bei Scävola kein Wort überflüssig ist, das „*intra dies triginta*“ seine gute Bedeutung. Es ist damit gesagt, dass eine *usureceptio fiduciae* inzwischen nicht stattgefunden hat. Diese setzt nämlich, falls nicht die Pfandschuld getilgt ist, nach der jetzt herrschenden (s. z. B. Geib Sav.-Zeitschrift Bd. VIII p. 116), zuerst von Stintzing (*bona fides* p. 15 ff.) aufgestellten und von mir gegen Scheurl ausführlich (*Usucapion* p. 72—91) vertheidigten Meinung den ungestörten Verbleib des Mancipanten im Besitze der fiduciirten Sache voraus. Wäre also inzwischen *usurecipirt* worden, so fiel selbstverständlich jedes Bedenken gegen die Perfection der Schenkung fort. So aber bleibt dasselbe bestehen; es liegt darin, dass eine voll wirksame Mancipation an den Gläubiger der an den Beschenkten vorhergegangen ist. Wenn Scävola trotzdem die Rechtsbeständigkeit der Schenkung nach der *lex*

Cincia für zweifellos erklärt, so thut er dies deshalb, weil ihm die *mancipatio fiduciae causa* inhaltlich gar nicht mehr als Eigenthumsübertragung, sondern nur als *obligatio fiduciae* erscheint. Es ist das genau dieselbe Anschauung, die Paulus (R. S. III 6 § 16) vertritt, in der Fiduciirung liege keine, das gegebene Legat aufhebende Veräußerung der vermachten Sache. Freilich ist damit noch nicht gesagt, dass Paulus auch in formaler Beziehung so weit gegangen ist, wie Scävola nach der obigen Annahme gegangen sein würde, dass er bei einem *do lego legatum* trotz der inzwischen eingetretenen Mancipation an den Gläubiger *fiduciae causa* dem Vermächtnissnehmer die *rei vindicatio* auf den Gegenstand der Zuwendung zu geben bereit war. Und so mag man billigerweise Bedenken tragen, bei Scävola eine Mancipation an den Gläubiger vorauszusetzen, wenn noch irgend eine Möglichkeit übrig bleibt, die Stelle bei Annahme einer blossen *pignoris obligatio* zu erklären. Dies ist aber, wie ich meine, in der That der Fall. —

Versteht man nämlich unter *pignoris obligatio* die Be-
redung, dass das Pfandobject gleich wie ein *pignus* haften solle, also in dem Sinne, wie der Ausdruck „*pigneris sum*“ in den bekannten Catonischen Pachtformularen sich findet, wie man wohl von einer „Besitz-Verpfändung“ neuerdings (Bachofen, Pfandrecht Bd. I p. 8 ff.) gesprochen hat, so ist es allerdings möglich, den Zweifel an der Gültigkeit der nachfolgenden Schenkung zu begreifen, auch ohne die Supposition einer *mancipatio fiduciae* zu machen.

In einer Reihe von Stellen treten nämlich Spuren der Anschauung hervor, als sei der Gläubiger der Herr der ihm als *pignus* verhafteten Sache. Längst bemerkt ist dies in Betreff der

L. 9 § 2 D. de pign. act. 13, 7. *Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem* (Vlp. lib. 28 ad Ed.).

Durch die Steigerung „*nec possessio*“ wird erkenntlich angedeutet, dass das, *quod transit*, doch eben etwas mehr ist als bloss die *possessio*, wie sich denn ja auch *quod* grammatisch auf *pignus* bezieht, dies selbst also als das auf den Gläubiger Uebergehende bezeichnet wird. Schon Puchta (Inst. § 246 g.)

glaubte deshalb an eine Umgestaltung des Fragments durch die Compileren. Ulpian habe fiducia, pignus und Hypothek in Vergleich gestellt und von letzterer gesagt, dass weder Eigenthum noch Besitz durch sie auf den Gläubiger übertragen werde. Es wäre immerhin auffallend, wenn die Compileren das von Ulpian klar angegebene Kriterium des pignus, die Besitzeinräumung an den Creditor, unrichtig durch „quod ad creditorem transit“ wiedergegeben haben sollten, sahen doch selbst die Byzantiner (Basil. XXV 1, 9) sich hier zu correcterem Ausdrucke veranlasst. Dazu kommt, dass nach Lenels Untersuchungen (s. diese Zeitschr. Bd. III p. 105. 106) Ulpian erst im 30. Buche seines Edictscommentars auf die fiducia ex professo zu sprechen kommt, wenngleich eine gelegentliche Erwähnung derselben, wie sie auch Lenel an dieser Stelle voraussetzt, keineswegs zu den Unmöglichkeiten gehört. Wie dem aber auch sein mag, es ist wenig wahrscheinlich, dass die Compileren jenen Relativsatz „quod ad creditorem transit“ mit pignus verbunden haben sollten, wenn sie ihn nicht schon bei Ulpian in diesem Zusammenhange gefunden hätten.

Hierher gehört ferner

L. 12 pr. D. de distr. pign. 20, 5. Rescriptum est ab imperatore libellos agente Papiniano creditorem a debitore pignus emere posse, quia in dominio manet debitoris (Tryph. Lib. VIII Disp.).

Wie war es möglich, so muss man doch fragen, dass es erst eines besonderen kaiserlichen Rescriptes bedurfte, dass man die Autorität Papinians für dasselbe geltend machen zu müssen glaubte, bloss um die Zulässigkeit eines Verkaufes der Pfandsache an den Gläubiger von Seiten des Schuldners plausibel zu machen. Wenn Bachofen (Pfandrecht p. 169) dies dadurch erklären will, dass die Unfähigkeit des Gläubigers, die Pfandsache im Pfandverkaufe selbst zu erstehen, ihn dem Eigenthümer an die Seite stelle, dass er gleich diesem das Eigenthum überträgt, auch für die Eviction haftbar sein kann, so hat alles das seinen Grund doch nur darin, dass er der Verkäufer ist, also nicht zugleich Käufer sein kann, dass er das Recht zum Verkaufe hat und deshalb auch das Eigenthum zu übertragen im Stande ist. Wie darf man nun aus

diesen Erscheinungen bei dem Pfandverkaufe Schlüsse ziehen auf einen Kauf, der eben kein Pfandkauf ist; wie kann man eine Widerlegung des Gegners in dem beigefügten Grunde erblicken, quia in dominio manet debitoris, wenn der Gegner dies gar nicht leugnet, sondern seine Argumente aus dem Pfandrechte des Gläubigers entlehnt. Man kann kaum umhin, den Gegnern, wider die jenes Rescript sich wendet, und auf die auch das recte in § 9 der Vaticanischen Fragmente abzielt, den Gedanken unterzuschieben, der Pfandgläubiger sei gewissermassen der Herr der Sache. Eine ähnliche Anschauung tritt auch hervor in

L. 101 pr. D. de leg. III, 32. Qui habebat in provincia, ex qua oriundus erat, propria praedia et alia pignori sibi data ob debita, codicillis ita scripsit: *τῇ γλυνκιάτῃ μου πατρίδι βούλομαι εἰς τὰ μέρη αὐτῆς δοθῆναι — χωρία πάντα, ὅσα ἐν Συρίᾳ κέκτημαι* — quaesitum est, an etiam praedia, quae pignori habuit testator, patriae suae reliquisse videatur. respondit secundum ea quae proponerentur non videri relicta, si modo in proprium patrimonium (quod fere cessante debitore fit) non sint redacta (Scaev. Lib. XVI Dig.).

Wieder tritt bei dem Fragsteller die Geneigtheit zu Tage, die zu Pfand gegebenen Sachen — und von fiducia kann bei den in Betracht kommenden Provincialgrundstücken ja keine Rede sein — den im Eigenthume des Testators stehenden in Hinsicht der letztwilligen Verfügung analog zu behandeln, und ebenso die Abweisung dieser Anschauung durch den Juristen. Allerdings wird gelegentlich auch in L. 73 pr. D. eod. bemerkt, dass das Vermächtniss „seiner Sklaven“ nur auf die im Eigenthum, nicht auf die bloss im Niessbrauch des Erblassers befindlichen gedeutet werden dürfe, und so möchte man meinen, als liege der Grund, der jene Fragenden zu ihrem Zweifel veranlasst, nicht sowohl in der besonderen Natur des pignus, als in der Neigung, die Vermächtnissanordnung auf alle Objecte zu erstrecken, an denen dem Testator die Detention auf Grund eines dinglichen Rechtes zusteht. Damit, glaube ich, würde aber doch der Sinn der L. 73 pr. D. cit. nicht getroffen sein. Es handelt sich da um die Interpretation des Ausdrucks *suus*; soll man diesen im streng

juristischen Sinne — und so vielleicht sogar im streng civilen — verstehen oder darf man ihn in einer etwas laxeren Bedeutung nehmen? Natürlich, es kommt dabei in erster Linie darauf an, was der Testator mit dem Worte sagen wollte, so dass etwa auch die bona fide besessenen Sklaven darunter fallen können (L. 73 § 1 D. cit.); die Präsumtion aber spricht nach Ulpian für die ihm eigenthümlich gehörigen. Nur bei Sachen, die, wie Silbergeschirr, im unmittelbaren Hand- und Mundgebrauch des Hausherrn stehen, nimmt Papinian in L. 9 § 2 D. de supellect. leg. 33, 10 keinen Anstand, „suus“ auch auf bloss verpfändete Gegenstände zu erstrecken, sofern der Verstorbene sich ihrer nur zu seiner persönlichen Benutzung bedienen durfte und bedient hatte. Es begreift sich hiernach, dass selbst bei Sklaven, an denen dem letzteren der Niessbrauch eingeräumt gewesen war, die Frage aufgeworfen werden konnte, ob der Ausdruck „suus“ nicht gleichfalls auf sie zu beziehen sei. Wenn nun aber selbst da, wo die Interpretation eines derartigen, mehrdeutigen Wortes gar nicht in Rede steht, wie in L. 101 pr. D. cit. und namentlich in L. 12 pr. D. cit. ein unverkennbarer Zug dahin wahrnehmbar wird, die pignora nach Analogie des Eigenthums zu behandeln, so kann dies eben nur auf einer abweichenden, die juristische Natur des pignus berührenden Auffassung beruhen. Und, dürfen wir weiter sagen, wenn diese von der Jurisprudenz consequent überall als unzutreffend zurückgewiesen wird, so liegt die Vermuthung nahe, man habe es hier mit den Nachwirkungen einer älteren, später überwundenen Anschauung zu thun. —

In der That kann nun das pignus nicht von Anfang an den juristischen Charakter gehabt haben, unter dem es in der classischen Periode des römischen Rechts auftritt. Bekanntlich begegnet es uns bereits in dem latinischen Bündnisse vom J. d. St. 261 „si quid pignoris nancitor, sibi habeto“. Es ist kaum möglich, für diese frühe Zeit, wo von einer selbständigen Ausbildung des Besitzbegriffes noch keine Rede war, das Recht des Pfandinhabers als blosses Besitzrecht anzusehen und zu construiren; es musste nothwendig ein die Sache materiell, nicht bloss formell, wie der Besitz, erfassendes sein. Dazu allein passt auch der Ausdruck habeto, der

noch in den zwölf Tafeln (*agnatus proximus familiam habeto*) das Zueigenhaben bezeichnet. Selbst wenn man geneigt ist, das vertragsmässige *pignus* als eine Nachbildung des durch *pignoris capio* entstehenden zu betrachten, so folgt daraus noch keineswegs, dass dem Gläubiger lediglich der Besitz daran zugestanden habe. Wir wissen darüber kaum mehr, als uns Gaius (IV, 32) berichtet, wonach derjenige, gegen den eine *pignoris capio* vollstreckt war, die Befugniß hatte, die abgepfändeten Objecte auszulösen. Diese Berechtigung greift aber nicht minder gegenüber der *fiducia* als gegenüber dem *pignus* Platz (vgl. Paul. Sent. II, 13 § 4), verträgt sich also sogar mit dem Eigenthume bei dem Gläubiger und um so viel mehr mit einem formloseren Herrschaftsverhältniss, wie wir es etwa bei dem *pignus* voraussetzen dürfen. Hier fand keine Mancipation zu Eigenthum, sondern nur eine naturale Hingabe des Pfandobjects statt. Ein eigentliches Pfandrecht konnte durch dieselbe allerdings nicht entstehen, denn diesen Begriff als den eines *ius in re aliena* kannte man damals noch gar nicht. Ebensowenig ist nach dem oben Gesagten an eine einfache Besitzeinräumung zu denken; man gab doch die Sache, nicht den Besitz daran zu Pfand. Es bleibt also nur eine naturale Herrschaft übrig, die wenn sie gleich nicht als wahres Eigenthum angesehen werden mochte, demselben doch einigermaßen verwandt erschien. Erst nachträglich wurde dann durch die Jurisprudenz der bis dahin bestandene Parallelismus zwischen *fiducia* und *pignus* gestört, letzteres in der Erkenntniß, dass es an einer *iusta causa dominii transferendi* fehle, auf die Bestellung eines *ius in re aliena*, eben des inzwischen entwickelten Pfandrechts, reducirt, und die Tradition als blosse Besitzüberlassung aufgefasst, die zur Pfandbestellung hinzukomme. Gerade hierin blieb aber doch eine Nachwirkung des früheren Wesens des *pignus* zurück. Dass der Pfandgläubiger juristischer Besitzer der Pfandsache ist, erscheint von dem Standpunkte der späteren Doctrin aus als eine schwer verständliche Anomalie, ist aber die einfache Consequenz der von uns vermutheten älteren Gestalt des *pignus*, bei welcher die Sache auf formlose Weise, ähnlich wie die *fiducia* durch Formalvertrag an den Gläubiger überlassen und dem Schuldner nur ein Einlösungsrecht vorbehalten wird.

Mit unserer Annahme stimmt es nun sehr gut, dass das Pfandverhältniss an einem Forderungsrecht als *pignus nominis* technisch bezeichnet wird. Die Verpfändung ist hier formlose Ueberlassung der Forderung zu Pfandzwecken, eine Cession. Geht man dagegen von dem Besitze als wesentlichem Bestandtheile des *pignus* aus, so begreift sich schlecht, wie das *pignus nominis*, das ja mit Besitz absolut nichts zu thun hat, zu seinem Namen kommt.

Ich gebe ganz anheim, wie weit man diesen Argumenten beweisende Kraft zugestehen will. Ich selbst erblicke darin nur eine an sich nicht ganz unwahrscheinliche Hypothese. Stimmt man derselben zu, so könnte man allenfalls der Deutung der Pfandbestellung auf ein Fiduciargeschäft entrathen, obgleich immer noch verschiedene Bedenken zurückbleiben würden. Einmal fehlt dann dem *intra dies triginta* jede ersichtliche Beziehung, es wird zu einem ziemlich überflüssigen Stücke des Thatbestandes; dann ist es nicht allein die materielle, an den Eigenthumserwerb anklingende Natur der Herrschaft des Gläubigers über das *pignus*, was Zweifel gegen die Rechtsbeständigkeit der Schenkung erregen muss, sondern in noch viel höherem Masse gilt das von der dem letzteren eingeräumten Berechtigung, sich eventuell eigenmächtig in den Besitz des Grundstücks setzen zu dürfen. Ist das noch verträglich mit dem Erfordernisse für die Gültigkeit der Schenkung, es müsse der Beschenkte „*in vacuam possessionem*“ (fr. Vat. § 293. 314. 316) des geschenkten Grundstücks gelangt sein? Ueber diesen Punkt enthält nun unser Fragment kein Wort, und es müsste dies um so auffallender sein, als dies gerade das Moment ist, bezüglich dessen auch zu Scävolas Zeiten noch praktische Bedenken nicht ohne Schein geltend gemacht werden konnten.

2. L. 21 § 1 D. qui potior. 20, 4. *Negotiatori marmorum creditur sub pignore lapidum, quorum pretia venditores ex pecunia creditoris acceperant; idem debitor conductor horreorum Caesaris fuit, ob quorum pensiones aliquot annis non solutas procurator exactioni praepositus ad lapidum venditionem officium suum extendit: quaesitum est, an iure pignoris eos creditor*

retinere possit. respondit secundum ea quae proponerentur posse (Scaevola lib. 27 Dig.).

Der Text der Stelle ist hier nach der Mommsenschen Ausgabe wiedergegeben, obschon die Conjectur *creditor* für das *creditor* der Florentina kaum das Richtige treffen dürfte, da es Scävolas Gewohnheit nicht entspricht, den Thatbestand des fraglichen Rechtsfalles im Präsens auszudrücken. Indessen kommt darauf für die rechtliche Beurtheilung hier gar nichts an, ob wir die Worte des Juristen in ihrer ursprünglichen Fassung vor uns haben, denn augenscheinlich sind die That-sachen, die derselbe zu Grunde legte, auch bei der Mommsenschen Emendation correct dargelegt. — Gemeiniglich interpretirt man diese Stelle von einer Collision zweier Pfandrechte, dem des Fiscus und dem des Creditor; letzteres gehe vor als Pfandrecht dessen, *cuius pecunia salvam fecit totius pignoris causam* (L. 5. 6 D. h. t. vgl. statt vieler Sintenis Pfandrecht p. 624 Anm. 4). Das Pfandrecht des Fiscus fasste man früherhin als das wegen seiner Contractsforderungen ihm zustehende Generalpfand auf; neuerdings, wo sich die Meinung mehr Bahn gebrochen hat, dass zu Scävolas Zeit ein solches allgemeines Pfandrecht des Fiscus noch gar nicht bestand (vgl. z. B. v. Vangerow Pand. I p. 877 i. f.), musste man suchen, das Pfandrecht des Fiscus anders zu begründen. So will Bachofen Pfandrecht I p. 254 dasselbe als das stillschweigende des Vermiethers an den Invecten und Illaten des Miethsmannes deuten. Dies ist meiner Meinung nach kaum möglich; der Gläubiger hat die Steine in Händen, es wird gefragt, *an iure pignoris eos retinere possit*, auch ist von der Illation in die kaiserlichen Speicher mit keinem Worte die Rede; dieser Umstand durfte nicht mit Stillschweigen übergangen werden, wenn eben daraus allein das Recht des Fiscus sich ergab, welches mit dem des Gläubigers in Conflict kam. — Ist es denn aber überhaupt nöthig, hier an zwei verschiedene Pfandrechte zu denken? Scävola spricht doch nur von einem ausdrücklich und setzt genau genommen das Pfandrecht irgend einem anderen Rechte in der Frage „*an iure pignoris retinere possit*“ entgegen. Denn nicht auf sein besseres Pfandrecht oder sein Pfandrecht im Gegensatz zu einem anderen, sondern schlechtweg auf sein Pfandrecht be-

ruft sich der Gläubiger. In der That, glaube ich, handelt es sich hier für Scävola um den Vorzug des Pfandrechts gegenüber dem *privilegium exigendi* des Fiscus.

Aus dem Edicte des Tiberius Julius Alexander (vgl. Bruns, *Fontes* ed. 5 p. 219. 220) wissen wir, wie eben dieses Recht (*πρωτοπραξία*) zur Aufhebung von Verpfändungen, Veräusserungen und Zahlungen führen konnte, welche der fiscalische Schuldner aus seinem Vermögen bewirkt hatte. Allerdings ist dabei von einer missbräuchlichen Anwendung des Privilegiums die Rede. Allein der Missbrauch bestand, wie die zur Sicherung der Provincialen neu getroffene Anordnung zeigt, nicht darin, dass man überhaupt die Gültigkeit solcher Geschäfte auf Grund des Privilegiums anfocht, sondern darin, dass dies in einem ungerechtfertigten Umfange geschah. In Zukunft soll das Angreifen von Pfändern, die Dritten bestellt sind, die Revocation von Zahlungen u. s. w. nur dann zulässig sein, wenn von Seiten der Schatzbeamten gewisse Sicherungsmassregeln wider das Vermögen des Schuldners getroffen sind, oder durch öffentlichen Anschlag vor der Eingehung von Geschäften mit ihm gewarnt ist. Es ist hiernach nicht schwer, den eigentlichen Rechtsgrund eines derartigen Uebergreifens in das Vermögen Dritter zu erkennen. Es erscheint als in *fraudem fisci* gehandelt, wenn trotzdem durch Veräusserung oder Constituirung dinglicher Rechte an Sachen des Schuldners zu Gunsten Dritter diese der *exactio* seitens des Fiscus entzogen werden, oder wenn man den privaten Gläubiger durch Zahlung befriedigt, während er doch erst nach dem Fiscus auf Befriedigung Anspruch hat und damit den letzteren benachtheiligt. Weil derart in *fraudem fisci* vorgenommen, sind alle dergleichen Machenschaften durch diesen anfechtbar. So sagt noch Papinian ganz entsprechend den Vorschriften des gedachten Edicts in L. 18 § 10 D. de iur. fisci 49, 14: „ita demum publicam auferri pecuniam ei, qui, cum erat creditor, in solutum pecuniam accepit, si aut sciebat, cum accipiebat, publicum quoque esse debitorem, aut postea cognovit, antequam consumeret pecuniam“. Erst Marcian geht darüber noch hinaus und giebt auch ohne *mala fides* des Empfängers dem Fiscus das Rückforderungsrecht. Von dem pfandrechtlichen Gesichtspunkte aus wäre die von Papinian gemachte

Voraussetzung des Wissens um das Schuldverhältniss des Zahlenden zum Fiscus völlig unhaltbar, und andererseits die Inanspruchnahme des bereits verbrauchten Geldes von dem, der bloss *suum recepit* (L. 5 C. de privil. fisc. VII, 73), nicht zu verstehen. Zu allem Ueberflus wird dieser Rückgriff auf den Gläubiger des Fiscalschuldners als *extraordinarium ius* (L. 5 C. cit.), als besonderes Fiscalrecht (L. 21 D. de iur. fisc. 49, 14: „*fiscus suo iure usus*“) bezeichnet. Eine Parallelstelle zu dem angeführten Fragmente aus Papinian, nur viel allgemeiner lautend, wenngleich auch zunächst mit besonderer Beziehung, ist: L. 45 pr. D. de iur. fisc. „*In fraudem fisci non solum per donationem, sed quocunque modo res alienatae revocantur, idemque iuris est, et si non quaeratur; aequae enim in omnibus fraus punitur*“. — Natürlich fällt jeder Verdacht einer *fraus* fort, wo das fragliche Geschäft abgeschlossen war, ehe der Veräussernde Schuldner des Fiscus wurde. L. 1 C. de iur. fisc. X, 1: „*Si prius, quam fisci rationibus pater vester obligaretur, perfectam praediorum donationem fecisse fuerit probatus, quod citra fraudem creditorum gestum est, non rescinditur*“. cf. L. 2 C. de privil. fisc. VII, 73. Bachofen, Pfandrecht I p. 249 a. Anf. Ebenso wenig ist eine betrügliche Veräusserung da anzunehmen, wo die Verpflichtung dazu gleich bei dem Erwerbe des Objectes dem fiscalischen Schuldner auferlegt war. L. 45 § 3 D. de iur. fisc.: „*A debitore fisci in fraudem datas libertates retrahi placuit. sane ipsum ita ab alio emere mancipium, ut manumittat, non est prohibitum; ergo tunc et libertatem praestare possit*“ cf. § 19 fr. de iur. fisc.

Mit dieser Entscheidung steht nun das *Responsum* des Scävola in unserem Fragmente im engsten Zusammenhange. Auch hier erfolgte der Erwerb der Steine nothwendiger Weise mit der pfandrechtlichen Belastung oder er hätte ganz unterbleiben müssen. Man kann also unmöglich in der Constitution des Pfandrechts für den Gläubiger eine *fraus* gegen den Fiscus erblicken. Deshalb darf die Verpfändung nicht von dem Fiscus angefochten werden, und da jenes seiner Natur nach stärker wirkt als das *privilegium exigendi*, deshalb „*creditor iure pignoris lapides retinere potest*“. Selbstverständlich, dass für das Justinianische Recht diese Auslegung nicht mehr zutrifft, in dessen Sinne vielmehr das fiscalische Pfandrecht

mit dem des Gläubigers, cuius pecunia pignoris causam salvam fecit, in Conflict geräth, und letzteres als das vorzüglichere anerkannt wird. Ein ähnliches Verhältniss waltet übrigens noch bezüglich mancher anderen Stelle der Compilation ob.

3. L. 61 § 1 D. de O. et A. 44, 7. „Seia, cum salarium constituere vellet, ita epistulam emisit: „Lucio Titio salutem. Si in eodem animo et eadem affectione circa me es, quo semper fuisti, ex continenti acceptis litteris meis distracta re tua veni hoc. tibi quamdiu vivam praestabo annuos decem. scio enim, quia valde me bene ames“. quaero, cum et rem suam distraxerit Lucius Titius et ad eam profectus sit et ex eo cum ea sit, an ei ex his epistulis salarium annum debeat. respondit ex personis causisque eum cuius notio sit aestimaturum, an actio danda sit“. (Scaevol. lib. 28 Dig.)

Was zunächst den vorliegenden Text anlangt, so dürfte eine kleine Aenderung in der Schlussformel des mitgetheilten Briefes sich empfehlen, die übrigens juristisch ganz gleichgültig ist; man wird „scio enim, quam valde“ an Stelle des handschriftlichen „scio enim, quia valde“ lesen müssen. Diese dem Griechischen nachgebildete Ausdrucksweise, die sich später vielfach findet, entspricht doch weder dem Stile des Scävola, noch ist sie dem Zeitalter desselben geläufig; auch stimmt der Coniunctiv viel besser zu quam als zu quia. Es handelt sich hier um eine vom späteren Abschreiber verlesene Sigle, die für beide Worte überaus ähnlich, mitunter sogar völlig gleich gestaltet war. Man berufe sich dem gegenüber nicht etwa auf einen möglichen, incorrecten Ausdruck der Schreiberin des Briefes, denn den würde Scävola, da er für die Beurtheilung des Falles absolut gleichgültig ist, ohne alles Bedenken, ich möchte fast sagen, ohne es selbst zu merken, stillschweigend verbessert haben. (Vgl. bezüglich des Sprachgebrauches des Scävola in Betreff des scire L. 88 § 16 D. de leg. II, 31. L. 39 pr. L. 41 § 14 D. de leg. III, 32. L. 19 § 1 D. de ann. leg. 33, 1. L. 78 § 8 D. ad Sc. Treb. 36, 1. L. 14 D. pro emt. 41, 4.)

Der dem Juristen in unserer Stelle vorgelegte Rechtsfall ist einem anderen nicht unähnlich, den Papinian in seinen

Responsen mittheilt. L. 26 § 3 D. de pact. dot. 23, 4. Eine Ehefrau hat, wie es scheint, bei Gelegenheit ihres Dotalvertrages (s. auch Czyhlarz, Dotalrecht p. 429 Anm. 2) mit ihrem Manne die Verabredung getroffen, dass sie ihre Reisen auf seine Kosten machen solle. Als sie nun auf briefliche Aufforderung des Ehemannes ihm in die Provinz, wo er diente, nachgefolgt ist, aber der verheissene Kostenersatz ihr vorenthalten wird, gewährt ihr Papinian, licet directa actio nulla competit, doch eine utilis in factum. Es ist bekanntlich sehr bestritten, was man unter dieser utilis in factum actio zu verstehen habe, ob eine auf den besonderen Fall zurechtgemachte Mandatsklage (so Mühlenbruch, Cession p. 161 Anm. 319) oder eine actio praescriptis verbis (so Cyrillus s. Heimbr. Basil. Tom. III p. 473 Not. 6, freilich nicht, ohne bei anderen Byzantinern Widerspruch zu finden; vgl. noch Windscheid, Actio p. 129, Bethmann-Hollweg, Civilprocess Bd. II p. 322 Anm. 82). Wir können diese Controverse auf sich beruhen lassen, da Scävola die Art der von ihm in Aussicht genommenen Klage gar nicht näher bezeichnet, für ihn die ganze Frage darin besteht, ob überhaupt eine Klage gegeben werden solle oder nicht. — Wie erklärt es sich nun, dass Scävola zweifelnd fragt, während Papinian ohne Anstand eine Klage gewährt. Ich glaube nicht dadurch, dass letzterer als der jüngere eine bereits fester eingewurzelte Ansicht vorfand, welche zu jenes Zeiten erst im Entstehen begriffen war, sondern vielmehr durch die Verschiedenheit des Thatbestandes in beiden Fällen. In dem dem Papinian vorgelegten Streitfall konnte man schon aus der Form der Vereinbarung unter den Parteien ohne alle Unsicherheit entnehmen, dass dieselben eine rechtliche Ordnung des in Rede stehenden Verhältnisses beabsichtigt hatten; sie hatten dieselbe dem unter ihnen geschlossenen Dotalvertrage einverleibt oder doch in irgend eine directe Beziehung zu demselben gebracht, wie dies die Umgebung des § 3 cit. deutlich genug zeigt. Dem Scävola liegt ein einfacher Brief vor. Sollte dadurch überall eine juristische Verpflichtung begründet werden? Handelt es sich um eine bedingungsweise zugesicherte Schenkung, also ein formloses Schenkungsversprechen? Ist die Leistung des Jahrgehältes als Gegenleistung für das Kommen des Lucius Titius gedacht?

Genug eine Menge von Möglichkeiten, der schon gestreiften Frage, ob das Ganze als Mandat aufzufassen sei, gar nicht zu gedenken, zwischen denen die thatsächlich begründete Auffassung herauszufinden, nur der Richter nach specieller Betrachtung der unterliegenden persönlichen und sachlichen Verhältnisse im Stande ist. Daher *ex personis causisque eum cuius notio est aestimaturum*.

Allein, ist damit nicht eigentlich jedes *Responsum* abgelehnt? Das wird der Richter entscheiden, heisst denn doch, dass der Jurist eben nicht entscheide. Ja, wo noch die näheren Gesichtspunkte angegeben werden, nach denen sich jener bei seinem Urtheil soll leiten lassen, kann man der Antwort des Rechtsgelehrten wohl noch den Charakter eines *Responsum* zuerkennen, indem hier ähnlich wie in der Formel des Magistrats dem *Judex* eine bindende Instruction ertheilt wird. Aber „*ex personis causisque*“ lautet doch allzu unbestimmt, um noch als autoritatives *Responsum* zu gelten, und solche allein konnten doch füglich den Parteien zugestellt und in eine *Responsensammlung*, wie *Scävolas Digesten* es waren, aufgenommen werden. Es bleibt darnach kaum etwas anderes übrig, als die Erklärung, dass hier eine Klage möglich sei, für den wesentlichen Inhalt des Gutachtens zu halten, dasselbe also in Gegensatz zu einer irgendwie laut gewordenen Auffassung, nach der von vornherein jeder Anspruch auf das verheissene Jahrgeld abzulehnen wäre, oder allenfalls auch umgekehrt, durch den beigebrachten Brief als bereits vollkommen dargethan angesehen werden müsste, gestellt zu denken. Damit erhielte dann auch das *ex personis causisque* eine etwas concretere Färbung; der Richter hat auf die begleitenden Nebenumstände seine Aufmerksamkeit zu richten. —

Vergleichen wir mit dieser Stelle eine andere des etwas älteren *Marcellus*:

L. 69 § 1 D. de leg. III, 32. „*Titius codicillis suis ita cavit: Publio Maevio omnes iuvenes, quos in ministerio habeo, dari volo: quaero, a qua aetate iuvenes et in quam intellegi debeant. Marcellus respondit, quos verbis quae proponerentur demonstrare voluerit testator, ad notionem eius, qui de ea re cogniturus esset, pertinere: non enim in causa testamentorum ad definitio-*

nem utique descendendum est, cum plerumque abusive loquantur nec propriis nominibus ac vocabulis semper utantur. Ceterum existimari posset iuvenis is, qui adolescentis excessit aetatem, quoad incipiat inter seniores numerari.“ (Marcell. lib. sing. resp.)

Es ist auffallend, mit welcher Zurückhaltung der Jurist sich hier äussert, um nicht der auf das Thatsächliche zu richtenden Untersuchung des Urtheilsfinders irgendwie vorzugreifen. Sehr viel zwangloser tritt in dieser Hinsicht Scävola auf, der sich sogar nicht scheut, direct den Inhalt dessen anzugeben, was vom Richter durch seine aestimatio festzustellen sei. So in L. 14 i. f. D. de dote leg. 33, 4: „eum, cuius notio est, aestimaturum, ut eadem quantitas ex communi praecipua minori filiae dotis nomine detur“. L. 16 § 1 D. de alim. leg. 34, 1: „aestimaturum, ut, si quidem viva ea et ei praestabat, nihilominus ad fideicommissum admitteretur, aliter vero non“. L. 31 pr. D. de lib. leg. 34, 3: „ita ab iudice aestimandum, ut inspiceret etc.“ Es handelt sich hier ja, namentlich in der letzten Stelle, mehr um eine Differenz in der Form als in der Sache selbst zwischen dem, was Marcellus, und dem, was Scävola thut, aber die veränderte Form lässt doch erkennen, dass zu des letzteren Zeiten die Stellung des respondirenden Juristen gegenüber dem in der Sache entscheidenden Richter eine massgebendere und selbstbewusstere geworden ist. Dagegen lehnt Scävola jedes Gutachten ab in

L. 60 D. de manum. test. 40, 4: „Testamento ita cavit: *Εὐδονι βούλωμαι δοθῆναι νομίσματα χίλια, ἐπεὶ ἔφθασεν γεννηθῆναι μετὰ τὸ τὴν μητέρα αὐτοῦ γενέσθαι ἐλευθέραν*: quaero, an, si Eudo non probet se post manumissionem matris suae natum, possit his verbis testamenti libertatem consequi. respondit non oportere eiusmodi consultationem praeiudicium parare“. (Scaev. Lib. 24 Dig.)

und dennoch ist dies eine Antwort, die vollständig den Charakter eines richtigen Responsum aufweist. Eudo hatte auf das ihm hinterlassene Fideicommiss geklagt und hatte die dafür im Testamente angeführte Voraussetzung nicht beweisen können. Er will dieselbe nunmehr dadurch ersetzen, dass er behauptet, eventuell liege in den mitgetheilten Testaments-

worten seine Freilassung. Diese Aenderung des Klagefundamentes erklärt Scävola für unzulässig, jede Untersuchung über die Frage nach der Freilassung in diesem Prozesse für ausgeschlossen, damit nicht durch eine quaestio pecuniaria ein Vorentscheid für die quaestio libertatis entstehe. (Vgl. L. 4 § 1 D. ne de stat. def. 40, 15. L. 2 C. de ord. cogn. VII, 19.) Hierin ist nun eine in bindender Form dem Richter der Fideicommisssache gegebene Anweisung, die Frage nach der Freilassung seiner Cognition nicht zu unterziehen, zweifellos enthalten, und somit ist hier die Weigerung, ein Gutachten zu erstatten, doch ein wahres Responsum für den Gebrauch im schwebenden Verfahren. —

Einer eingehenderen Erörterung bedarf in diesem Zusammenhange schliesslich noch

L. 15 § 1 D. de alim. leg. 34, 1: „Testator concubinae mancipia rustica numero octo legavit et his cibaria praestari iussit in haec verba: eisque mancipiis, quae supra legavi, cibarii nomine ab heredibus meis praestari volo, quae me vivo accipiebant. quaesitum est, cum vivo testatore semper mancipia rustica tempore messium et arearum delegata fuerint et eo tempore cibaria ex ratione domini sui nunquam acceperint excepto custode praedii, an heres eius quoque temporis, id est messis et arearum, et cibaria concubinae pro mancipiis rusticis praestare deberet. respondit eum, cuius notio est, aestimaturum. Claudius: merito: nam si eodem modo, quo apud testatorem fuerunt, et apud concubinam futura legavit, non debebantur eius temporis, de quo quaesitum est, cibaria: verum si velut in ministerium urbanum ab his transferentur, debebuntur. (Scaev. lib. 17 Dig.)

Wir treffen hier eine ganz unbestimmte Verweisung auf die zu erwartende richterliche Würdigung des Falles an, die man kaum anders denn als eine Ablehnung des eigenen Gutachtens durch den Juristen aufzufassen geneigt sein wird. Nur wunderbar, Claudius Tryphoninus würde dann in einem Athem diese Ablehnung für gerechtfertigt erklären und nichtsdestoweniger sofort das hinzufügen, was wir nach Lage der Sache und nach Scävolas Gewohnheit in dessen Responsum vermissen,

die näheren Gesichtspunkte, von denen bei der richterlichen aestimatio auszugehen ist, also loben und besser machen in ein und derselben Note. So habe ich denn an einer anderen Stelle (Bd. VIII dieser Zeitschrift p. 166) bereits die Ansicht ausgesprochen, Scävola habe in seiner Antwort ausdrücken wollen, der Richter werde in dem Sinne, in welchem die Anfrage gestellt sei, entscheiden, und habe mich für diese meine Ansicht auf den Inhalt der Bemerkung des Claudius und zunächst auf das Wort „merito“ berufen. Meine Auffassung hat entschiedenen Widerspruch gefunden; iudicem oder eum, cuius notio est, aestimaturum, heisse nichts anderes, als dass sich darüber keine Entscheidung geben lasse, und dies werde von Claudius durch den Hinweis auf allerlei Möglichkeiten bestätigt und begründet. Ich muss deshalb auf eine ins Einzelne gehende Interpretation des Fragmentes zurückkommen.

Zuvörderst dürfte das wohl allseitig eingeräumt werden, dass die gesammte Darstellung des Thatbestandes, wie sie ja bei Scävola regelmässig auf eine bestimmte Beantwortung der aufgeworfenen Frage zugespitzt wird, auf eine Verneinung des Anspruchs auf Kost für die Sklaven hinleitet. Niemand, glaube ich, würde Anstoss daran nehmen, wenn das Responsum des Juristen dahin gelautet hätte: „secundum ea, quae proponerentur, eius temporis cibaria non deberi“. Es will der Fassung des Falles gegenüber, wie Scävola sie giebt, gar nicht recht motivirt erscheinen, dass er die Entscheidung lediglich dem Richter zuschiebt. Eben deshalb, könnte man aber einwenden, sah sich Claudius Tryphoninus gerade zu seiner erläuternden Bemerkung veranlasst. Was sagt derselbe nun aber eigentlich? Sehen wir uns die Worte doch nur genau an. Nach dem dem Scävola beistimmenden merito folgt eine Aeusserung über die mögliche Gestaltung des Thatbestandes, wobei zweierlei unterschieden wird. Das eine gehört der Vergangenheit an und wird in dem Temporibus der Vergangenheit ausgesprochen: quaesitum est — non debebantur; debebuntur ist lediglich eine Verschlimmbesserung des Textes von Leuten, die sich den Zusammenhang der Stelle nicht klar gemacht haben, und am allerwenigsten ist man berechtigt, die Stelle einfach mit dieser Pseudoemendation abzudrucken, als ob das der richtige florentinische Text sei. Das ist eben der Fall,

der dem Scävola zur Begutachtung vorlag, und den Claudius, wie er das auch nicht gut anders konnte, als der Vergangenheit angehörig bezeichnet; dann geht er zu dem Futurum transferentur über, damit kann unmöglich ein factum des schon abgeschlossen vorliegenden Streitfalles bezeichnet werden. Ganz entsprechend heisst es dann weiter debebuntur. Gefragt war doch nach den bereits geschuldeten Geldern oder Naturalien für die Kost der Sklaven; eine Anerkennungsklage im Sinne des heutigen Processes besaßen die Römer doch nicht, wo über das zukünftig etwa zu Fordernde hätte verhandelt werden können. Also Tryphoninus fügt in dem zweiten Theile seiner Anmerkung eine später möglicher Weise eintretende Aenderung des bestehenden Sachverhältnisses hinzu, die dann eine abweichende Entscheidung bedingen würde, während er im Anfang dem Votum des Scävola beitrifft und die fragliche Schuld verneint (non debebantur). Damit stimmt es vollständig, dass die Sklaven am Schlusse der Anfrage nochmals ausdrücklich als *mancipia rustica* in Bezug genommen werden, während sie nach ihrer Ueberführung in den städtischen Dienst jenen Namen nicht mehr mit Recht tragen, sondern als *mancipia urbana* anzusehen sein würden. Nach alledem, insbesondere nach dem merito der Note, muss also auch Scävola sich gegen die Verpflichtung des Erben zur Leistung der *cibaria* ausgesprochen haben. Ob dies nun in der nackten Erklärung „eum, cuius notio est, aestimaturum“ habe gesagt sein sollen und können, oder ob etwa ein Wort ausgefallen ist, etwa ein *ita* nach respondit, das lasse ich dahingestellt.

4. L. 122 § 1 D. de V. O. (Scaev. lib. 28 Dig.)

Es ist dies das bekannte Fragment über das Schiffsdarlehn des Callimachus. Ich setze den Wortlaut der ziemlich umfangreichen Stelle nicht her, da dieselbe an einer doppelten Verderbniss leidet, deren nähere Darlegung und Besprechung die Aufgabe dieser Zeilen sein soll. Es ist ausser aller Frage, dass sowohl in Zeile 21 der Mommsenschen grossen Digestenausgabe (p. 670), als in Zeile 28 ebd. der in der Florentiner Handschrift überlieferte Text, „et in navem mercis ipse in Syriam per navigium proficiscatur“ und „cum secundum cautionem Callimachus merces debito perferendas in nave mansisset eo tempore“ Entstellungen erfahren hat, die ihn absolut

unverständlich machen. Man muss, auch darüber kann keine ernstliche Meinungsverschiedenheit bestehen, aus den intact gebliebenen Theilen des Fragmentes den Sinn — der Wortlaut wird sich doch nicht auch nur annähernd errathen lassen — des ursprünglich Vorhandenen zu erkennen versuchen. Dabei gehen wir aus von der gewiss richtigen Bemerkung Huschkes in seiner Erörterung unseres Paragraphen im zehnten Bande N. F. der Giessener Zeitschrift, dass der Unterschied der beiden an Scävola gerichteten Fragen darin bestehe, ob die Stipulation unerachtet des Consenses des Eros verfallen sei, oder ob die dem Herrn an sich erwachsene Stipulationsklage durch jenen Consens nicht wenigstens nachträglich, wenn auch nur im Wege der Einrede beseitigt sei. In letzter Beziehung „an actionem domino suo semel acquisitam adimere potuerit“, lautet der Bescheid, „non potuisse, sed fore exceptioni locum, si servo arbitrium datum esset eam pecuniam quocumque tempore in quemvis locum reddi“. Dieses „in quemvis locum“ zeigt nun deutlich genug, dass von irgend einem anderen Orte ausser Beryt und Brundisium die Rede gewesen sein muss; die wiederholte Berufung auf den Consens des Eros, der nach der Abreise von Brundisium nur ertheilt sein kann, denn vorher, da bis dahin ganz secundum conventionem verfahren ist, hat er überhaupt keinen Sinn, macht es nothwendig, dass dieser Zustimmung ebenfalls irgendwo Erwähnung geschah. Nimmt man ferner hinzu, dass ausdrücklich gesagt ist, „quasi in provinciam Syriam perventurus enavigavit“, so liegt die Ergänzung des unvollständig mitgetheilten Thatbestandes nahe. Callimachus ist zwar rechtzeitig von Brundisium nach Syrien abgesegelt, hat aber unterwegs seinen Cours geändert, noch irgend einen anderen Hafen aufgesucht und ist dort mit Consens des Eros über die bedungene Zeit liegen geblieben. Von der Auseinandersetzung dieses Zwischenfalles ist noch das Wort „mansisset“ in dem Codex stehen geblieben. Zwischen diesem und in nave klafft eine grössere, vermuthlich durch ein ähnlich klingendes Wort, etwa immisisset, veranlasste Lücke. — So allein wird der Gedanke, man könnte vielleicht die Stipulation für nicht verfallen erklären, verständlich. Callimachus hat das, was buchstäblich bedungen war, getreulich erfüllt; konnte ihn nicht von dem, was nur stillschweigend

bei der Abrede vorausgesetzt war, der directen Rückfahrt nach Syrien, die Zustimmung des Eros dispensiren? Es ist doch gar zu unmotivirt, wenn, wie die mitgetheilte Parteiberedung es thut, vorher mit klaren Worten angegeben ist, die Abreise von Brundisium solle vor den Iden des September erfolgen (*inde intra Idus Septembres — proficiscatur*), nacher zu zweifeln, ob es nicht vielleicht genüge, wenn die Waaren rechtzeitig verladen sind, als ob vernünftiger Weise nicht eben alles darauf ankäme, dass die Abfahrt zur bedungenen Zeit erfolge. Aus diesem Grunde will mir die Huschkesche wie die Mommsensche (in Anm. 5 zu unserer Stelle a. a. O. p. 670) Zurechtlegung der Thatsachen und des Textes sehr wenig plausibel erscheinen. Für das sinnlose *debito* wird nothwendig *Berytum* zu lesen sein.

Wenn wir hier sonach auf eine Auslassung gestossen sind, so kann bei dem ersten Hinsehen wohl der Gedanke aufsteigen, es möchte umgekehrt die andere fehlerhafte Stelle an einem zu viel leiden. Es würde anscheinend völlig genügen, wenn geschrieben wäre „*inde intra idus Septembres, quae tunc proximae futurae essent, aliis mercibus emtis in Syriam proficiscatur*“. Selbst „*per navigium*“ hat ein Bedenken gegen sich; *proficiscatur* heisst in dem Zusammenhange, in welchem es hier steht, „absegeln“; *navigium* bezeichnet aber in dem ganzen Fragment nicht das Fahrzeug, sondern die Seereise. Durch diese gelangt man nun wohl an sein Ziel, kann man jedoch auch sagen, dass man *per navigium* aufbreche? Selbst aber, wenn man *per navigium* als erklärendes Glossem ansehen wollte, würde es älter sein müssen als die dazu gegebene Erklärung „*et in nave mercis ipse*“, Callimachus selbst solle auf dem mit den Waaren beladenen Schiffe abfahren. Allein es treten doch bald sehr gewichtige Gegen Gründe wider eine solche Annahme mehrfacher Glosseme hervor. Der Satz, mit dem wir es hier zu thun haben, ist ein Theil der durch Stipulation bekräftigten Vereinbarung unter den Parteien; diese musste mit einer gewissen Umständlichkeit alle einzelnen Momente, auf die es ankam, aufzählen. Viel eher konnte man in der vorausgehenden Einleitung des Falles das Verladen der Waaren übergehen als hier, wo es nebenbei noch eine Rückreise, ohne die Waare mitzunehmen, ausschliesst. So wird es

denn wohl bei der Mommsenschen Emendation sein Bewenden behalten müssen „et in navem receptis in Syriam per navigium proficiscatur“, zumal die Florentina nicht in nave mercis, sondern in navem mercis liest. Die Meinung Huschkes (a. a. O. p. 5 Anm. 15), welcher ipse dadurch zu halten sucht, dass er diesem Worte den Sinn unterlegt, Callimachus habe dadurch genöthigt werden sollen, die Führung des Schiffes selbst beizubehalten, sie nicht einem anderen minder zuverlässigen oder erprobten Führer zu überlassen, hat zweierlei gegen sich. Einmal würde das deutlicher ausgedrückt, diese Clausel der Vereinbarung nicht in dies eine Wörtchen hineingepresst sein, dann aber erscheint uns Callimachus gar nicht als Schiffsführer, sondern vielmehr als Supercargo oder auch als Kaufmann, der die Reise auf eigene Rechnung unternimmt und ausführt. Von ihm ist eben gar nicht zu erwarten, dass er einen dritten an seiner Statt substituiren werde. Ebenso ist eine andere Vermuthung zurückzuweisen, die ich selbst einen Augenblick hegte: es sei ipsam in Syriam zu lesen, und damit solle gesagt sein, Callimachus habe seinen Cours direct nach Syrien zu richten. Eine solche Bedeutung dem „ipsam in Syriam“ beizulegen würde aber nur dann sprachlich möglich sein, wenn ausser Beryt und Brundisium noch andere Orte vorher genannt worden wären, und ebenso gilt hier, was bereits gegen Huschke geltend gemacht ist, dass die Parteien sicher diesen Punkt ihres Abkommens deutlicher hervorgehoben, nicht hinter dem persönlichen Pronomen versteckt haben würden. Endlich wäre auch kaum abzusehen, wenn Callimachus die directe Rückkehr nach Beryt ausdrücklich versprochen hätte, und andererseits ein Verweilen an einem dritten Orte nach den in dem Fragmente sonst darauf hinweisenden Spuren anzunehmen ist, woher der Zweifel, ob die Stipulation verfallen sei, kommen sollte. So ist es doch meines Erachtens das richtigste, hier bei der Mommsenschen Restitution dieses Satzes stehen zu bleiben.

IX.

De Iustiniani Institutionum compositione coniectanea

scripsit

E. C. Ferrini, antecessor Mutinensis.

I.

De ultimo libri IIIⁱ titulo.

Quod in praefatione sua Huschkius coniecerat, ultimum scilicet libri IIIⁱ Institutionum iustinianarum titulum eidem auctoritribuendum esse qui duos priores libros composuisset, id Grupius in ea quam de compositione harum Institutionum scripsit commentatione pluribus argumentis ex loquendi usu potissimum haustis confirmare conatus est. Sed cum omnes prorsus rationes ab Huschkio l. l. collatae minimi momenti sint, tum etiam argumenta, quae Grupius attulit, vix mihi sufficere videntur, ut hunc titulum a ceteris eiusdem libri seiungamus et alteri vindicemus auctori. Immo plura, si quid video, eo titulo insunt, quae contra adduci possint.

Et revera verba quae I. IV, 17 pr. legimus „superest ut de officio iudicis dispiciamus“ nullomodo probant id fuisse auctoris consilium, ut eiusmodi materiae tractatione totum librum absolveret. Ea enim est huius *πράσεως* significatio: „iam est ut dispiciamus“ seu „nunc ipse rerum ordo nos admonet, ut tractemus“: nequaquam vero illa „nihil aliud nobis restat, nisi ut dispiciamus“. Quae significatio gaianis exemplis optime demonstratur: cf. e. gr. 4, 114. 138, ita ut nihil haec dictio ab altera „sequitur ut dispiciamus“ [cf. G. 4, 155. I. 4, 13 pr. 15 pr.] distare

videatur. Nonne autem in § 2 I. IV, 12 (sicuti apud Gaium) scriptum est „superest, ut admoneamus“? Quod si dicas hanc dictionem ideo usurpatam esse, quia ut totus de actionibus sermo absolveretur id tantum admonendum erat, eadem ratione dici potest ita in pr. I. IV, 17 scriptum fuisse, quia ad totius privati iuris elementa complenda una de officio iudicis tractatio desiderabatur.

Restat ut grupiana argumenta refellamus. Verbum extendere in priore Institutionum parte docet Grupius iungi praepositioni in modo cum ablativo, modo cum accusativo [pr. I. 1, 22 — § 2 I. 1, 24 — § 6 I. 2, 19], in posteriore parte praepositioni in cum solo ablativo [3, 27, 7]. Legimus autem § 3 I. 4, 18 „lex — — in eos suum vigorem extendit“. Sed cum Grupius ex duobus posterioribus libris unum tantummodo afferat exemplum, quis non videt quam fragili demum fundamento eius nitatur demonstratio! Praesertim cum illud quoque dici possit non eandem esse in § 7 I. 3, 27 atque in § 3 l. huius verbi vim et significationem. Illic enim dicitur voluisse Iustinianus dupli „augmentum in omnibus legatis et fideicommissis extendi“ h. e. „per totam legatorum provinciam“; hic autem de lege est sermo, quae in malos perditosque homines suum vigorem ostendit, h. e. „adversus scelestos homines poenas minatur“. Quae cum ita se habeant, quis miretur in tam diversa verbi vi atque efficacia diversos quoque casus adhiberi? Nihil igitur hoc exemplum ad auctorum diversitatem demonstrandam confert.

Verbum admittere in sola posteriore Institutionum parte ita usurpari Grupius admonet, ut eo peccandi seu delinquendi actio significetur: hanc autem vocem adeo huius partis compositorem in deliciis habuisse, ut, cum apud Gaium 3, 202 legeret „furtum committeretur“ ipse „f. admitteretur“ scriberet. — Cum autem § 8 I. 4, 18 legamus ‘qui vim commiserit’, vix esse Grupius ait, ut illi huius tituli compositio tribui possit. — Haec omnia aliquid sane momenti haberent, si revera constaret posteriorum librorum compositorem ab hac voce constanter abhorruisse et penitus abstinuisse. Id autem non ita se habet. Contra facile ostendi potest saepissime, cum apud Gaium verbum ‘committere’

in ea significatione legeret, id eum retinuisse e. gr. I. 4, 4, 1 || ib. § 3. || 4, 8 pr. || § 5 (bis) || § 6 (bis) et alibi saepius, ut sine temeritate dici possit probabilius eum in G. 3, 202 „admitteretur“ in suo libro legisse; ridiculum enim esset dicere librum illum nostrum veronensem, quem unicum novimus, iustinianos ante oculos habuisse. Sed haec omnia supervacua sunt, cum ille ipse quis duos posteriores libros composuit etiam ubi non alios descripsit sed sua protulit eam usurpaverit dictionem, cf. e. gr. § 6 I. 4, 8 „si dominus in servum suum aliquid commiserit“. — Cur idem non potuit § 8 l. componere? praesertim cum Iustiniani constitutio, quae ibi laudatur, quaeque sane auctori cum scriberet ante oculos versabatur, bis de crimine commisso [c. un. § 1. 1°, VIII 13] loquatur¹⁾.

Sunt contra argumenta nec pauca nec leviora, quae ad nostram sententiam comprobendam plurimum conferant. Quorum unum nec Grupium fugit, qui tamen eius vim non satis perpendisse videtur. Dictio „ex latioribus digestorum sive pandectarum libris“ (§ 12 I. 4, 18) in duobus prioribus Institutionum libris nusquam legitur; contra ea vel aliae simillimae octies in duobus posterioribus inveniuntur, I. 3, 12 pr. || 3, 23 § 2 || 4, 6 § 2 || 4, 6 § 5 || ib. § 37 || 4, 13 § 6 || 4, 14 § 3 || 4, 18 § 12. — Huiusmodi autem dictiones auctoris stylum multo melius produnt, quam reliqua vocularum seu casuum observatio. Non enim facile quis sibi adeo semper constans invenietur, ut nunquam ab alicuius vocis seu verborum coniunctionis usu deflectatur; id autem in illarum dictionum usum non cadit, quas aliquis sibi creat et in deliciis (ut fit) habet²⁾.

§ 6 I. 4, 18: magna ex parte ex constantiniana constitutione hausta est, quae legitur c. 9, 17, 1. Eiusmodi paragraphi, quae integre vel fere ex principum constitutionibus hauriuntur, plures in duobus posterioribus Institutionum libris leguntur: cf. I. 3, 1 § 2^a = Cod. 5, 27, 11 ||

¹⁾ Cetera Grupii argumenta missa facio; exiguiora enim sunt. —

²⁾ Vocem 'aperte' [— ius — issime] in libro I^o et II^o frustra quaeri monet Grupius (Comm^o p. 16), cum in postremis duobus libris sit frequentissima; eam autem invenies § 8 I. 4, 18.

I. 3, 2, 3^b. 4 = c. 6, 58, 14 || I. 4, 1, 8 = C. 6, 2, 20 || ib. § 16 = ib. c. 22 § 1. 2 || I. 4, 13, 11 = C. 2, 12 (13), 7. — Contra in duobus prioribus libris una est paragraphus, quae ex Iustiniani Constitutione post veterem codicem lata sumpta est [I. 1, 11 § 2 = C. 8, 47 (48), 10]; nullus autem locus ex vetere codice in illorum librorum textum migravit. Auctor vero ultimi Iⁱ. IIIⁱ tituli, qui ex eo codice hausit, idem fuisse videtur atque ille qui duos posteriores libros composuit. — Ex Dig. 50, 16, 233 fere tota § 5 l. t. derivata est. Eiusmodi autem Digestorum usus in duobus posterioribus libris multo frequentior est, quam in duobus prioribus, quorum auctor plerumque a describendis pandectarum verbis abhorruisse videtur.

Quod igitur prima etiam facie credibilis videtur, eum nempe qui ceteros libri titulos composuerit etiam illius postremi auctorem esse, id, re perpensa, pro certo habendum est.

Hoc unum tamen, arbitror, obici posset. In duobus prioribus libris imperatorum constitutiones non raro sacrae appellantur¹⁾ (1, 5 § 1 || ib. 10 § 12 || ‘sancta const.’ 1, 22 pr. || 2, 10 § 3 || 2, 12, pr.), id vero in duobus posterioribus libris nusquam occurrit, nisi quod § 10 I. 4, 18 „ex sacris constitutionibus“ legitur. Hic tamen locus mendo laborare videtur. Nam vix tolerabilis est huiusmodi dicendi modus: „lex Fabia — — quae — poenam ex sacris constitutionibus inrogat“. Probabilis olim scriptum fuerat: „pecuniariam poenam inrogat; sed ex novellis constitutionibus interdum capitis poena inrogatur“, cfr. Collatio legum, ubi eadem fere observatio continetur, 14, 6²⁾. — Postea vero emendatus est locus, seu potius corruptus, ne novellarum constitutionum mentio ad Iustiniani ipsius *νεαράς διατάξεις* referretur. Cuius perturbationis vestigia vel in graeco Insti-

¹⁾ cfr. § 16 I. 2, 6: ‘nostra autem divina constitutio’. — ²⁾ pr. I. 3, 28 ‘novellae nostrae constitutionis’. Ceterum ea quae de novellis constitutionibus in Collatione l. l. traduntur verisimiliter ex scholiis ad Pauli librum quintum sententiarum hausta esse credendum est, quae etiam iustiniani ante oculos habere potuerunt.

tutionum indice persequi quis posset: „ὅς [scilicet ὁ φάβιος] ἐσθότε κεφαλικὴν ἐκ τῶν βασιλικῶν ἐπάγει διατάξεων τιμωρίαν, ἐσθότε δὲ κονφοτέραν, ὥς ἐκ τοῦ κώδικος καὶ τῶν διατάξεων ἔστι γινῶναι“. Quid sibi volunt hae constitutiones, quae praeter codicem laudantur? Immo quid sibi vult haec tota adiectio, cuius nil similis in toto graecarum institutionum corpore invenitur? Inde, si quid video, recte arguendum foret in ipso libro, qui graeco interpreti praesto erat, totam hanc paragraphum mirum in modum interpolatam et confusam fuisse.

II.

De auctoribus, qui in Institutionibus laudantur.

In I^o libro auctores hi laudantur: 1, 4 pr. Marcellus || 1, 10, 9 Iulianus || 1, 11 § 12 Cato || 1, 13, 1 Servius || 1, 25, 2 Papinianus responsorum libro V^o || 1, 25, 16 Scaevola || 1, 26, 6 Iulianus || ib. § 5 Iulianus || ib. § 7 Papinianus.

In II^o libro laudantur: 2, 1, 8 Papinianus || ib. § 25 Sabiniani et Proculiani || ib. § 38 Iulianus || 2, 5, 5 Marcellus || 2, 6, 9 Papinianus || 2, 10, 5 Pomponius || 2, 14 pr. Atlicinus et Paulus || 2, 20, 9 Iulianus || ib. § 12 Celsus || 2, 20, 14 Papinianus || ib. § 16 Iulianus || ib. § 18 Iulianus || ib. § 20 Iulianus || ib. § 36 Sabinus || 2, 23, 7 Papinianus || 2, 25, 1 Papinianus.

In III^o libro: 3, 8, 2 Iulianus et alii plerique || 3, 23, 2 Sabinus et Cassius — Proculus || 3, 24, 4 Cassius || D. 25, 2 Q. Mucius et Servius Sulpicius || 3, 26, 6 Sabinus || ib. § 8 Sabinus et Cassius || 3, 29, 2 Gallus Aquilius.

In libro IIII^o: 4, 3, 1 Aelius Marcianus || ib § 15 Sabinus || 4, 5, 2 Iulianus || 4, 18, 5 Gaius.

Patet ergo ante omnia multo frequentius nomina auctorum in duobus prioribus, quam in duobus posterioribus libris laudari, idque qua ratione factum sit ex sequentibus apparebit.

Omnia, quae recensuimus, exempla optime videntur mihi trifariam dividi posse:

- 1) Laudatur auctor, unde is, qui Institutionum textum confecit, hausit seu verba seu sententiam.
- 2) Nomen auctoris, qui laudatur, ex Iustiniani constitutionibus sumptum est.
- 3) Nomen auctoris in iuris libris extabat, unde ipse Institutionum textus confectus est.

Auctor operis, unde is textum hausit, qui Institutiones composuit, in solo IIII^o libro laudatur. Adferuntur nempe Marcianus [4, 3, 1] et Gaius [4, 18, 5]. Illud animadvertendum est in his duobus exemplis etiam operis nomen laudari: „sicut Aelius Marcianus in suis Institutionibus refert“: „Gaius noster in interpretatione legis XII tabularum scriptum reliquit“. Id autem (saltem in duobus libris posterioribus) nusquam alibi occurrit; nam simpliciter iurisconsultus laudari solet, omissa eius operis mentione. — Quibus exemplis etiam pr. I. 1, 4 addendum foret, si revera, uti nunc Lenelius proponit [Palingenesia, 652] pro ‘Marcello’ ‘Marcianus’ legi oporteret. Id tamen non esse concedendum infra pluribus argumentis apparebit.

Auctoris nomen, qui laudatur, interdum ex ipsa iustinianarum constitutionum praeparatione manavit. Eiusmodi exempla in duobus tantum prioribus libris occurrunt: omniaque ad eas constitutiones referuntur, quae post veterem iustinianum codicem promulgatum latae sunt. Ut ecce: 1, 11, 12 „apud Catonem bene scriptum refert antiquitas — — unde et nos eruditi in nostra constitutione cet.“ [cfr. Cod. 7, 6, 1 § 10 anni 531] || „secundum Marcelli sententiam nostra decisione promulgata“ 2, 5, 5 [cfr. Cod. 3, 33, 13 anni 530] || 2, 14 pr.“ quod non per innovationem induximus, sed quoniam — Atilicino placuisse Paulus suis libris quos tam ad Masurium Sabinum quam ad Plautium scripsit refert“¹⁾. Qui auctores in ipsis constitutionibus, quales nunc nobis prostant, sane non laudantur; probabilius autem in Triboniani relatione ad principem facta continebantur unde non temere quis coniecerit ipsum Tribonianum eiusmodi notitias conlegae suo [Theophilo, ut videtur] comparasse.

¹⁾ C. 6, 27, 5. — a. 531.

Meminisse etiam iuvabit in prioribus duobus libris saepe Tribonianum laudari, id quod in posterioribus nunquam fit; patet ergo inter sacri palatis quaestorem eumque, qui duos priores libros confecit, aut necessitudinem aut singularem quandam amicitiam extitisse. — Exemplis, quae attulimus, hoc quoque addendum est, quamvis Iustiniana constitutio hodie non extet, Inst. 2, 23, 7: „quia — et ipsi antiquitati displicuerunt et quibusdam casibus captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat — — ideo — (nobis) placuit etc.“. — Contra nil similis offerunt duo libri posteriores.

Omnia igitur exempla auctorum a iustinianis laudatorum ad haec duo genera rediguntur, quorum alterum duorum librorum priorum, alterum duorum posteriorum proprium est. Cetera exempla, ad quae nunc pergimus, non ipsis iustinianis debentur, sed potius veteribus iurisconsultis, ex quibus isti textum suum hauserunt.

Sed hic quoque novam inter priorem alteramque Institutionum partem differentiam inveniemus. Et quamvis hunc tractatum iam breviter alia commentatione executus sim, nunc diligentius res dispicienda est.

Is, qui duos priores libros composuit, plerumque nomina auctorum in libris ab ipso excerptis laudatorum retinuit; contra alter Institutionum compilator ea saepenumero describere neglexit. — Id ex locis in Digestis servatis potissimum apparet. Raro evenit, ut nomen auctoris in Digestis laudati in duobus prioribus Institutionum libris quoque non occurrat (e. gr. I. 2, 1, 13 = Dig. 41, 1, 5 § 1 ex G. 2 rer. cott.); contra fit, ut nonnunquam in his libris nomen servatum sit, quod in Digestis non invenitur. Ut ecce: I. 1, 4 pr. et Marcellus probat: Dig. 1, 5, 5, 2 ‘rectius probatum est’ || I. 2, 1, 8 ‘etiam diruto aedificio adhuc (locus) sacer manet, ut et Papinianus scripsit’: postrema verba omittunt Dig. 1, 8, 6 § 3. || I. 2, 1, 20 ‘teneri eum Iulianus scripsit’ = Dig. 30, 112 § 1 ‘tenetur heres’. —

Nil vero eiusmodi in duobus libris posterioribus occurrit. — Quod ad primum, quem attuli, locum perperam censent

aliqui pro 'Marcello' 'Marcianus' legendum esse. Nunquam enim solet auctor duorum priorum librorum scriptores laudare, unde ipse verba haurit; id fit interdum a ceterorum librorum auctore, sed plane altera forma, uti vidimus. Accedit quod verba, quae nunc in Digestis l. l. inveniuntur, scilicet „et tamen *rectius* probatum est“ vix veteri iurisconsulto tribui posse videntur, cum iustinianorum stylum valde oleant. — Marcellus autem saepius a Marciano laudatur, cfr. D. 30, 113 pr. || 30, 116 § 3 || ib. §§ 3—4 || ib. § 16 || 25, 7, 3, 1¹⁾. — „ὁ Μάρκελλος“ in libris manuscriptis graecarum institutionum non legitur²⁾).

Contra, uti l. l. ostendi, posteriorum librorum auctor iurisconsultorum nomina tunc etiam omittit, cum ea Digesta servant. — Unde facile intellegi potest, cur tam rarius occurrant in duobus posterioribus libris veterum prudentium nomina.

Restat, ut videamus ex quibus demum auctoribus eiusmodi prudentium laudationes in Institutionum textum defluerint. In hac vero inquisitione ita procedam, ut locos ex gaianis institutionibus sumptos, vel qui etiam in Digestis occurrant, prorsus omittam; ad ceteros vero quod attinet, demonstrare conabor, unde iustiniani textum suum hauserint. Erit igitur quodammodo eius rationis specimen, qua ni fallor universi Institutionum corporis fontes facile deprehendi poterunt.

Illud ante omnia teneamus necesse est, iustinianos Institutionum corpus ex Digestis principumque constitutionibus, ex Gaii institutionum atque rerum cottidianarum commentariis, ex Ulpiani Florentini Marciani institutionibus composuisse³⁾. —

¹⁾ Hic locos tantum ex Marciani Institutionibus congessi. Nam in ceteris quoque libris Marcellus a Marciano saepissime laudatur, ut quisque facile videre potest. — ²⁾ Nomen enim excidit, ita ut verbum 'μαρκελλος' subiecto careat. Fabrotus legit „ὁ Μαρκελλανός“, scilicet ex sua coniectura: cfr. editio mea in h. l. — ³⁾ Pluribus hunc tractatum executus sum commentatione quae inscribitur „Intorno ai passi comuni ai Digesti ed alle Istituzioni“. Ibi de quibusdam aliis fontibus rarissime adhibitis mentionem feci.

Ulpianus in suis Institutionibus nullum auctorem laudasse videtur¹⁾; hunc autem morem etiam in libro singulari Regularum retinuit, si cassianorum proculianorumque mentionem 11, 28 excipias. Unde sequitur valde dubium esse quod Huschkus proposuit, scilicet l. l. legendum esse „Prisco“ pro nota prisq. — Mauricianum autem (13, 1) senatusconsultum, non prudentem esse (quod etiam Lenel admittit (Paling. I 691), verisimilius est; cfr. Huschkus ad h. l. Ceterum in eius, quae extant, Institutionum fragmentis atque in his iustinianarum institutionum partibus, quae a Bremero Kruegeroque ei adscribuntur, nulla iurisconsultorum mentio invenitur. Patet ergo eos locos, in quibus aliqua prudentium laudatio occurrit, eius Institutionibus non esse temere adscribendos. —

Eadem fere de Florentini Institutionibus dicenda videntur. Una enim tantum in omnibus eius fragmentis Trebatii laudatio occurrit (qui tamen potius in Pii constitutione citatus fuisse videtur) [D. 41, 1, 16]; nam quod ait, stipulationem, quam acceptilatio sequatur, a Gallo Aquilio compositam esse in hanc speciem prorsus non cadit [D. 46, 4, 18, 1]. De iis enim iurisconsultorum mentionibus loquimur, quae ideo fiunt, ut eorum auctoritas aliquam tueatur sententiam.

Contra iurisconsultorum nomina passim laudantur tam in Marciani Institutionibus, quam in Gaii rebus cottidianis. Est tamen aliqua in ratione, qua uterque auctores suos adferre consuevit, differentia. — Ne illud moneam plures a Marciano scriptores laudari, quae post Gaii obitum demum floruerunt, non est tacendum multo crebriores esse apud Marcianum eiusmodi auctorum laudationes. — Gaius enim in iis fragmentis rerum cottidianarum, quae in Digestis servantur, bis diversarum scholarum praecipuos auctores attulit (D. 17, 1, 4 — 41, 1, 7, 7); semel Trebatium, cui plerorumque sententiam opponit, semel denique Iulianum. — Marcianus autem saepius iuris auctores tam antiquos (Tre-

¹⁾ Si excipias illud „ut eleganter Celsus definit“ [D. 1, 1, 1 pr.]. Sed non ideo Celsus laudatur, ut sententia quaedam eius auctoritate confirmetur.

batium Labeonem Cassium), quam recentiores (Aristonem Celsum Sabinianos Pomponium Ceruidium Scaevolam Marcellum Papinianum) in Institutionibus suis testes adduxit. — Aristonem autem, Celsum et Pomponium¹⁾ nunquam a Gaio in operibus suis laudatos esse constat.

Quibus perspectis, necnon quibusdam styli cuiusque scriptoris proprietatibus, illuc deveniemus ut singularum auctorum mentionum, quae in Institutionibus occurrunt, fontem ostendamus. Locos igitur ex Institutionibus sumptos, ubi aliqua veterum iurisconsultorum mentio occurrit, qui neque in Digestis neque in gaianis institutionibus nobis sint servati, secundum librorum ordinem huc adducam et de eorum origine quaedam breviter proponam.

Ex libro I^o:

— 10 § 9: 'Iulianus huiusmodi nuptiis abstinere debere ait' — Huiusmodi Iuliani laudatio (cfr. ea quae supra monuimus) tam Gai rerum cottidianarum commentariis, quam Marciani Institutionibus tribui posset. Plura tamen suppetunt argumenta, quae Gaium ostendant auctorem. Vix enim alicui dubium esse potest §§ 3—10 h. t., atque § 12 ex uno scriptore esse haustas. Hunc autem scriptorem Gaium esse inde evincitur, quod in §§ 3. 6. 7. 9 pronomen 'tu' usurpatur; id vero in rerum cottidianarum libris frequenter occurrit (D. 41, 1, 7, 2 — ib. § 7 — ib. fr. 9 § 1. § 5. — D. 7, 1, 2 pr. seqq.), sicuti in gaianis Institutionibus; sed nusquam in Institutionibus Marciani. Dixerit tamen aliquis fieri potuisse, ut in opere genuino primae personae pronomen 'ego' usurparetur, idque a compilatoribus esse mutatum. Sed hoc quoque pronomen rarissime in Marciani Institutionibus occurrit, nunquam vero in locis, ubi de nuptiis tractatur; immo in huius operis fragmentis, quae non adeo pauca neque exigua in Digestis servata sunt, id bis tantum invenitur (D. 7, 1, 38 — 46, 3, 40). — Dicendi quoque ratio Gaium omnino redolet; conferantur autem §§ 61—64 libri Iⁱ Gai Institutionum, ubi

¹⁾ De Sexto, qui Inst. 2, 218 citatur, cfr. nunc Lenel Paling. II: 1229.

saepius eadem sententia deprehenditur. Inde facile explicari potest, cur § 12 partim cum Gai. 1, 64 verbo tenus conveniat; id autem inter Institutionum aureorumque commentarios non raro evenit.

— 25 § 2 'ut Papinianus responsorum libro V^o rescripsit'. — Haec Papiniani laudatio nonnisi Marciano tribui potest, ut ex his quae supra diximus conicitur. Accedit solum Marcianum inter omnes institutionum auctores ita iuriconsultos interdum laudare, ut non modo eorum nomina, sed etiam operis titulum librique numerum afferat¹⁾. Immo totum hunc titulum vel fere ex Marciani Institutionibus esse sumptum vel ex locis probatur, qui cum servatis Marciani fragmentis verbo tenus conveniunt, cfr. § 4 = D. 27, 1, 21 pr. — § 16 = fr. 21 § 1. 2. — Patet nempe pleraque in Digestis omissa fuisse. Huc pertinet et Scaevolae laudatio, quae in § 16 invenitur: „ut Scaevola dicebat“, quaeque nonnisi Marciano tribui potest. (Locus deest in Digestis). —

— 26 § 4 'ut et Iulianus scripsit'	}
§ 5 'idem Iulianus scripsit'	
§ 7 'ut Papiniano visum est'	

Tres hae citationes Marciano acceptae sunt ferendae. Omnimodo enim credibile videtur, ut §§ⁱ 4—10 huius tituli²⁾ uno eidemque auctori sint referendae, Papiniani autem laudatio nonnisi Marciano convenit. Quod ad eius formam cfr. Marc. 3 inst. D. 41, 1, 11 „ut Sabinianis visum est“. — Huc accedit hunc laudandi modum „Iul. scripsit“ a gaiano stylo fere alienum esse. Bis enim tantum in omnibus Gai operibus, quae aetatem tulerunt, verbum scribendi hac significatione usurpatur, h. e. lib. de casibus [D. 38, 1, 49]

¹⁾ D. 30, 113, 5 'Papinianus libro III^o responsorum scribit' — 30, 114, 3 'apud Marcellum libro XXII Digestorum' [Inst. libr. 7. 8]. 'et Marcellus libro VII^o Digestorum scripsit' [12 inst. D. 25, 7, 3 § 1]: 'scribit Celsus libro XX^o dig.' [8 inst. 36, 1, 34]. — ²⁾ Modestinus D. 27, 1, 13, 1 post Ceruidium Scaevolam etiam Paulum et Ulpianum affert; de Marciano autem tacet. Nunquam vero laudatur Marcianus a Modestino. — ³⁾ Priora et extrema tituli commata ex Digestis sumpta sunt; cfr. quae disputavimus in commentatione „Intorno ai passi comuni ai Digesti ed alle Istituzioni“.

et 31 ad ed. prov. [D. 21, 1, 20]¹⁾; ceterum longe aliae *φράσεις* adhibentur, inter quas frequentissimae sunt 'putat' 'placet' seu 'placuit' 'ait'. — „Alicui placere“ legitur apud Gaium saltem vices; „aliquis putat“ fere toties; „aliquis ait“ in undecim saltem locis. — Contra hic laudandi modus: „aliquis scripsit“ Marciano in deliciis fuisse videtur; exempla afferam plura ex solis Institutionibus deprompta: 7 inst. 'et Papinianus scribit' D. 28, 7, 18 || ib. 'Papinianus libro tertio responsorum scribit' D. 30, 113, 3 || ib. 'Labeo scripsit' D. 32, 65 pr. || ib. 'Celsus scripsit' l. l. § 3. || ib. 'Cassius scripsit' l. l. § 3 || 8 inst. 'Papirius Fronto scribit' D. 30, 114 7 || 12 inst. 'et Marcellus — scripsit' D. 25, 7, 3 § 1. —

Ex libro II°:

— 1 § 8 'ut et Papinianus scripsit': Hanc Papiniani laudationem Marciano pertinere (id quod ex rebus supra tractatis iam per se liquet) supra aliis quoque argumentis ostendimus.

— 1 § 38 'ut et Iuliano visum est'. Locus Gaio est tribuendus; totum enim comma §§ 35—38 ex rerum cottidianarum commentariis (cfr. § 37 = D. 22, 1, 28) peti- tum esse pro certo habendum esse videtur, cfr. etiam quae monui in commentatione 'Intorno ai passi comuni etc.' ver- sus finem. Haec autem laudandi ratio etiam alibi apud Gaium deprehenditur; cfr. Inst. Gai. 3, 133 'Sabino autem et Cassio visum est'.

— 6 § 9 'Papinianus scripsit'. — Necesse est de Mar- ciano cogitemus, cui § 8—10 et § 13 h. t. adscribendae sunt ut vel ex divorum Severi et Antonini constitutioni- bus, quae ibi laudantur, abunde patet. Sed de hoc pluribus infra. —

— 10 § 5 'secundum quod Pomponio visum est': Mar- ciano quoque videtur tribuenda haec laudatio, cui totum hoc comma §§ 5—7 vix abiudicari potest. — Id melius inferius apparebit. — Iam vidimus Pomponium nunquam a Gaio laudari.

¹⁾ Adeo ut interpolationis suspicio non admodum remota esse videatur.

— 20 § 9 Iulianus ait: tam Gaio quam Marciano tribui haec laudatio potest.

§ 12 'Celsus existimat': de Marciano est cogitandum, neque enim Celsus a Gaio solet laudari (cfr. autem Marc. 7 inst. D. 32, 65, 3 „Celsus scripsit“; id. 8 inst. 36, 1, 34 „scribit Celsus libro vicensimo digestorum“), neque Gaio locum tribui permittunt Severi et Antonini constitutiones, quae adferuntur.

§ 14 'Papinianus scripsit': cfr. supra.

§ 16 'Iulianus scripsit'. Locum iam attulimus. Marciano eumtribuendum esse vel ex Dig. 30, 112 § 1, ubi tamen plura omissa sunt et Iuliani mentio excidit.

§ 18. 20 'Iulianus ait': hae omnia videntur Gai esse, quamvis posterior §ⁱ 20. pars Marciano sit vindicanda. Quod ad § 36 attinet, item de Gaio cogitandum esse videtur.

— 25 § 1 'Papinianus ait': hae §§ⁱ ex Marciano sumptae esse videntur (multis tamen omissis): cfr. § 2 fin. § 3 = D. 29, 7, 6 pr. § 1. —

Ex libro III^o:

8 § 2 'quod et Iuliano et aliis plerisque visum est': Totus hic titulus ex Gai rer. cott. commentariis haustus est, ut nemini dubium esse potest, qui Gai scribendi modum vel modice novit. — Dictiones huiusmodi „In summa — admonendi sumus“, „unde quaerebatur — sed placuit“ Gaium omnino redolent, neque apud ceteros iurisconsultos usquam inveniuntur.

— 25 § 2 'Quintus Mucius — existimavit': Servius Sulpicius — contra sensit': Ex ipso laudandi modo patet Gaium auctorem esse; haec autem ex ipsius rerum cottidianarum commentariis esse deprompta vel ex concordantia manifestum est, quae inter hunc locum et eius Inst. 3, 149 intercedit. —

— 26 § 6 'optinuit Sabini sententia': Gai. cfr. I. 3, 156.

— 26 § 8 'Sabino et Cassio placuit': 'diversae scholae auctores — existimant': ex Gai reb. cott., qui scholarum controversias semper exposuit. Pleniores igitur fuerunt hic res cottidianae, quam Inst. 3, 161, ubi Sabinus quidem

et Cassius laudantur, sed scholarum dissensionem hac de re fuisse non traditur¹⁾.

Unde non solum patet duoviros Institutionibus componendis in veteribus libris excerptis diversam rationem secutos esse; sed etiam intellegimus quantum ad Institutionum originem inquirendam eiusmodi studia prodesse possint.

III.

De principum constitutionibus, quae in Institutionibus laudantur.

De illis tantum constitutionibus nobis tractandum est, quae veteribus iurisconsultis, unde Institutionum textus haustus est, notae esse potuerunt. Nam quae christianorum principum et praecipue ipsius Iustiniani constitutiones laudantur, patet ad rem nostram prorsus non pertinere.

Haec autem ante omnia tenere oportet:

- I. Principum constitutiones rarissime in Florentini Institutionum fragmentis laudantur h. e. D. 29, 1, 24 'divus Traianus — ita rescripsit' et D. 41, 1, 16 'divus Pius constituit'.
- II. In Ulpiani Institutionum reliquiis semel tantum legitur [Coll. 16, 9 § 3]: „imperator noster — tribuit“. Intellege Antoninum Caracallam [cfr. Dio 77, 9, 4 = Krueger Quellenges. 222, Lenel Paling. II 926].
- III. In Gai rerum cottidianarum fragmentis, quae in Digestis leguntur, nulla prorsus constitutio laudatur.
- IV. Contra Marcianus in Institutionibus suis, sicuti in omnibus, quae scripsit, operibus infinitas paene constitutiones laudare solet, ita ut vix fragmentum eius invenies, quin eiusmodi citationibus sit refertum.

Unde recte demum explicari poterit, cur tam saepe in libris I^o et II^o iustinianarum institutionum principum consti-

¹⁾ In libro III^o duae tantum eiusmodi citationes reperiuntur [cfr. supra]; quae tamen certum habent auctorem, ideoque supervacuum est de isdem tractare.

tutiones et praesertim rescripta referantur, in duobus autem posterioribus libris fere nullae. Nam Marciani Institutiones, quibus duorum priorum librorum auctor abunde est usus, vix ab illo qui duos posteriores libros composuit adhiberi potuerunt, cum in istis libris potissimum de obligationibus et actionibus sermo sit, quarum tractatus (sicuti iam exploratum est¹⁾) in Marciani Institutionibus desiderabatur. Fons igitur, unde de principum constitutionibus tam copiosa manabat notitia, in hos libros vix quosdam rivulos emittere potuit.

Inter constitutiones, quae in Institutionibus citantur, complures sunt divorum Severi et Antonini. Harum constitutionum notitia nonnisi Marciano tribui potest, utpote qui post Antoninum imperatorem omnia sua opera composuerit [Lenel Pal. I 639 cf. Krueger l. l. 225]. Ulpianus autem imperante Caracalla Institutiones suas composuit neque igitur eiusmodi citationibus in iisdem uti potuit. De Gaio et Florentino nemo cogitabit, cum neuter ultra Commodi tempora vixisse, aut certe scripsisse videatur²⁾. Loci autem Institutionum, in quibus divorum Severi et Antonini constitutiones referuntur, haud raro etiam illorum scriptorum citationes continent, quae, secundum ea quae superius monuimus, Marciano acceptae ferendae sunt.

Monendum item est quarundam veterum principum constitutionum notitiam compilatores ex Iustiniani legibus hausisse. Ut ecce: quae de Gordiani beneficio in I. 2, 19, 6 traduntur ex Iustiniani constitutione ad Senatum deprompta sunt, quae nunc in Cod. 6, 30, 22 legitur [a. 531]. — Ea enim ipsa constitutio ibid. laudatur. — Ex alia Iustiniani constitutione eodem anno (et igitur post priorem codicem promulgatum) lata, quae nunc in C. 7, 6, 1 reperitur, tracta sunt ea, quae de divi Traiani edicto leguntur in I. 3, 7, 4.

Loci omnes, in quibus constitutiones laudantur in I. 1,

¹⁾ Nullum in Marciani Institutionibus de obligationibus sermonem factum esse recte monuit Kruegerus Quellen, 225; cfr. Lenelius in Paling. I 652. — ²⁾ De Florentino cfr. Kruegerus l. l. 193, n. 16.

25 [§§ 1. 3. 6. 8. 10. 18. 19], Marciani sunt¹⁾. Nam in plerisque divorum Severi et Antonini rescripta laudantur, ceteri ex eodem fonte manasse videntur. Id autem vel ex ipsa constitutionum copia, quae adferuntur, conici potest. — Item Marciano tribuendae sunt §¹ 3. 4. 9 in titulo XXVI^o eiusdem libri.

Item Marciano pertinent in libro II^o: §§¹ 9. 13 tituli VI¹ (fortasse et § 14): § 7 tituli XI¹; § 3 tituli XV¹ et igitur etiam § 2 ibidem (fortasse et § 4); §§¹ 7—8 tituli XVII¹; §§¹ 5. 12. 15. 20 tituli XX¹ [de § 4 vide supra].

X.

Das Recht der Superficies.²⁾

Von

Herrn Geheimerath Professor Dr. **Adolf Schmidt**
in Leipzig.

Superficiū³⁾ und superficies sind zwei Formen desselben Wortes⁴⁾. Zusammengesetzt aus „super“ und „facere“ „ficere“ (wie sacrificium, aedificium, beneficium u. s. w.) bedeutet es „was an der Sache zu oberst gemacht ist“, den obersten

¹⁾ Inter hos locos plures iam supra propter alia argumenta Marciano vindicavimus. Patebit igitur, quam tuta sit haec methodus fontium inquirendarum, cum omnes semitae eodem convenient.

²⁾ U. M. Niegelowski, De iure superficiario, Bonnae 1845 (Die Dissertation eines talentvollen Anfängers). C. G. von Wächter, Das Superficiar- oder Platzrecht; erste Ausgabe, 1866—1868. H. Degenkolb, Das Platzrecht und die Miethe, 1867. Zweite Ausgabe der Wächterschen Abhandlung: 1868. — ³⁾ Die Form „superficiū“ findet sich in der lex agraria a. 643 u. 92; in dem vor 767 entstandenen menologium rusticum uallense (Mommсен, inscript. lat. p. 358) „uinearum superficiū colitur“. Sie hat sich ferner in der Florentina der Pandekten erhalten: Fr. 32 de iure dotium (Pomponius): superficiū aedificii; Fr. 39 de legatis II (Iulianus): et solum et superficiū; in Fr. 1 § 1

Theil der Sache¹⁾. Dabei ist es gleichgiltig, ob die Sache unbeweglich sei oder beweglich²⁾. Infolge der Relativität des Begriffs gelangt man ferner zu verschiedenem Ergebniss, je nachdem man den Gegenstand der Vergleichung wählt. So gilt bei dem Haus als solchem, d. h. wenn man vom Boden absieht, das Dach als seine superficies, bei dem Baum als solchem sein Gipfel³⁾. Bei unbeweglichen Dingen wird jedoch gewöhnlich die superficies im Zusammenhang mit und im Gegensatz zum Boden aufgefasst, und zwar wird dabei überall feste Verbindung vorausgesetzt⁴⁾. Superficies in diesem Sinne ist die Gesamtheit dessen, was, über den Boden hervorragend, mit demselben in festem Zusammenhang steht; sodass alles hierher gehört, was dieser Definition sich fügt: das ganze Gebäude ohne den Boden⁵⁾, in gleicher Beschränkung

de superficiebus bedient sich Ulpian der Worte superficies und superficies nebeneinander. [Auch superficiaria findet sich als absoluter Plural: Fr. 13 de pignoribus; Fr. 49 de uerborum significatione]. —

⁴⁾ a) Bei den in „ies“ auslautenden Worten ist die gewöhnliche Nebenform „ia“: so bei luxuries, materies, mollities, pignities. b) Zuweilen findet sich die Nebenform „io“: so bei diluuius, eluius. c) Zuweilen gesellt sich als dritte Form dazu „ium“: so diluuium. d) Neben superficies findet sich nur superficies (neben eluius nur eluio.) e) Die Form „ium“ ist die seltenere [abluuium erklärt Gellius 16, 7, 2 für eine Erfindung des Laberius] und überhaupt die ältere, deshalb allmählig zurücktretend.

¹⁾ Forcellini erläutert superficies durch „quidquid est super faciem terrae“. a) Schon terrae ist unhaltbar, denn darin liegt eine Beschränkung, über welche das Wort hinausgeht (nächste Anm.). b) Die Ableitung von facies verträgt sich nicht mit der Form superficies; facies und fices sind vielmehr gleichwerthige Formen, die erste von facere, die zweite von ficere hergeleitet. — ²⁾ Superficies heisst z. B. die obere Schale einer Schildkröte, der oberste Theil eines Leuchters, die obere Fläche eines Edelsteins: Plinius, hist. nat. 6, 22, 4; 34, 3, 6; 37, 6, 23. — ³⁾ Plinius 34, 3, 7; 17, 4, 24; 19, 30, 7; 13, 8, 16. — ⁴⁾ Fr. 44 § 1 de obligationibus et actionibus (Paulus); Fr. 1 § 4 de superficiebus (Ulpianus). — Das auf den Boden ohne feste Verbindung Gestellte ist niemals zu demselben gehörige superficies: Fr. 60 de adquirendo dominio (Scaeuola); der abgehauene Baum ist es nicht mehr. Weil in Fr. 3 § 5 uti possidetis die proiectio supra uicini solum als superficies bezeichnet wird, deshalb glaubt Wächter, S. 54, an dieser Stelle einen abusiven Sprachgebrauch annehmen zu müssen: allein die fragliche proiectio ist integrierender Theil des Nachbarhauses. — ⁵⁾ Gaius 2, 73; Fr. 2 de superficiebus u. s. w.

der Baum¹⁾, der Weinstock²⁾, die Pflanze³⁾ und offenbar auch die einzelne Mauer, ohne dass wir dafür eines besonderen Beweises bedürften⁴⁾. Diese Dinge sind, wie gesagt, superficies nur insoweit, als sie aus dem Boden hervortreten; so der Baum mit Ausschluss der in der Erde verborgenen Wurzeln⁵⁾, das Haus im Gegensatz zum Boden⁶⁾. Daraus folgt, dass, anders als man hat annehmen wollen⁷⁾, der Keller niemals als superficies hat bezeichnet werden können.

Die Worte „aedes, aedificium, insula, domus“ bezeichnen das Gebäude mit dem Boden⁸⁾. Durch den Zusatz „superficiariae aedes, superficiaria insula“ erfolgt Beschränkung auf das Gebäude⁹⁾.

Das einzelne Stockwerk ist, im Zusammenhang mit dem Boden gedacht, pars superficiei. Sieht man von dem Boden ab, so ist das oberste Stockwerk superficies superficiariae insulae; das unterste wird man dagegen von diesem Standpunkte aus niemals als superficies bezeichnen können.

¹⁾ Columella 4, 11; Plinius 16, 31, 54. — ²⁾ Fr. 13 pr. de servitutibus praediorum rusticorum. — ³⁾ Gaius 2, 73. 74; Gaius Uisig. 2, 1, 14. — ⁴⁾ Wächter, S. 52, beruft sich hierfür auf Fr. 17 communia praediorum, wo zwar steht, dass die Mauer zum Grundstück gehöre, nicht aber, dass sie superficies sei. — ⁵⁾ Plinius, 36, 31, 56, erkennt bei dem Baum in der Wurzel den Gegensatz zur superficies. — ⁶⁾ Cicero (ad Atticum 4, 1, 7; vgl. 4, 2, 5) setzt dem Gebäude als superficies die area entgegen. In den Pandekten hat jene wiederholt das solum zum Gegensatz: Fr. 31 de legatis I; Fr. 6 de servitutibus; Fr. 9 § 1 de damno infecto; Fr. 23 pr. de usurpationibus. — ⁷⁾ Wächter S. 53. — ⁸⁾ a) Aedes: Fr. 23 pr. cit. (Iauolenus) — utputa cum aedes ex duabus rebus constant, ex solo et superficie —. Ebenso in dem interdictum Uti possidetis; denn man kann das Haus nicht ohne den Boden besitzen. b) Aedificium: Fr. 20 § 2 de servitutibus praediorum urbanorum (Paulus): — quamvis area pars sit aedificii — [nicht widersprechend Fr. 81 § 3 in Anm. 3]. c) Insula: Fr. 53 de usufructu (Iauolenus): Si cui insulae usus fructus legatus est, quamdiu quaelibet portio insulae remanet, totius soli usum fructum retinet. d) Ebenso besteht domus aus area und superficies: Cicero ad Atticum 4, 1, 7. — ⁹⁾ Fr. 2 de superficibus (Gaius); Fr. 12 de publiciana (Paulus); Fr. 9 § 2 (Ulpianus); Fr. 39 § 2 (Pomponius) de damno infecto; Fr. 1 § 5 de ui (Ulpianus).

I.

Ciuile ius.¹⁾

I. Die römischen Juristen haben — wie es scheint unter der Führung von Servius — folgende Rechtsregel aufgestellt:

Diejenige Sache, welche mit einer anderen derart in feste Verbindung kommt, dass sie, ihre Selbstständigkeit verlierend, integrierender Theil der anderen wird, geht auch dem Rechte nach in der anderen auf²⁾.

Die Regel wird als dem *naturale ius* entstammend aufgefasst und durch das *ciuile ius* anerkannt³⁾. Für Grundstücke ist sie in dem Satz zum Ausdruck gelangt: „*superficies cedit solo*“⁴⁾, wo *superficies* im weiteren Sinne verstanden wird, so dass namentlich zwei Fälle sich unterordnen: das Eingepflanzte oder Eingesäete⁵⁾ und das Eingebaute⁶⁾.

Da es sich um ein formales Princip handelt⁷⁾, so ist es gleichgiltig, in wessen Eigenthum sich das Material vor dem Einbau befand⁸⁾. Der Eigenthümer des Bodens kann, auch wenn fremdes Material eingebaut wurde, dem Recht gemäss sagen „*aedes suas esse*“, kann also vindiciren, ohne den Vor-

¹⁾ Vgl. Wächter a. a. O. § 1. — ²⁾ Paulus in Fr. 26 de *adquirendo rerum dominio* führt die Regel „in quibus propria qualitas spectaretur [Flor. *expectaretur*], si quid additum erit toti cedit [die Ausdrucksweise erscheint unbeholfen; vermuthlich ist sie verstümmelt] mit der bekannten Formel ein „*hoc iure nos uti*“ und citirt die Auctoritäten von Servius, Labeo und Proculus. Er bezieht den Satz gleichmässig auf bewegliche und unbewegliche Sachen. Unter „*additum esse*“ wird die feste Verbindung verstanden: daher das Erforderniss des Festwachsens bei den Pflanzen. — ³⁾ Gaius 2, 73; Fr. 2 de *superficiebus* (Gaius); Fr. 50 ad *legem aquiliam* (Ulpianus). — ⁴⁾ Gaius l. c.; Fr. 3 § 7 *uti possidetis* (Ulpianus); in Fr. 98 § 9 de *solutionibus* fasst sie Paulus in die Worte „*areae superficiem cedere*“. — ⁵⁾ Fr. 7 § 13 (Gaius), Fr. 9 pr. (Gaius), Fr. 26 § 2 de a. r. d. — ⁶⁾ Fr. 7 § 10 eod. tit. (Gaius): „*omne quod inaedificatur, solo cedit*“; § 12 eod. l. „*illius fit aedificium, cuius et solum est*“, Fr. 27 § 9 (Papinianus) „*aedificium soli conditionem sequitur*“; cfr. C. 2 de rei uind. — ⁷⁾ Fr. 23 § 4 de rei uindicatione (Paulus): „In omnibus igitur istis causis, in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit“; ferner heisst es hier von dem einer Statue angeschweissten Arm „*bracchium unitate maioris partis consumi*“, Fr. 69 eod. tit. (Iulianus) „*eorundem aedificiorum esse*“. — ⁸⁾ Fr. 7 § 10. 12 de a. r. d.

wurf der plus petitio fürchten zu müssen¹⁾. Dagegen ist dem ursprünglichen Eigenthümer des Materials consequenterweise die rei vindicatio zur Zeit²⁾ versagt³⁾.

Aus dem Princip folgt, dass der Eigenthümer durch

¹⁾ a) Er ist Eigenthümer des Hauses: Gaius 2, 73; Fr. 69 de rei uindicatione (Iulianus); Fr. 7 § 10. 12 cit. (Gaius); C. 2 cit. (Antoninus). b) Er kann das Haus vindiciren: Fr. 23 § 2. 4. 7 de rei uindicatione (Paulus); Fr. 98 § 8 de solutionibus (Paulus). — ²⁾ Fr. 7 § 10 de a. d. (Gaius): „sed tantisper uindicare non poterit“. — ³⁾ Wenn dagegen die eingefügte Sache durch Ablösung vom Haus vollständig in ihrer alten Gestalt [bei dem im Boden festgewurzelten Baum, desgleichen bei der ferruminatio ist das nicht möglich] als selbstständige wieder zur Erscheinung kommt, so tritt das ursprüngliche Eigenthum wieder hervor, die rei uindicatio bringend: Fr. 7 § 10 de a. d. (Gaius); Fr. 23 § 7 de r. u. (Paulus); C. 2 eod. tit. (Antoninus). Wie ist das aufzufassen? a) Gaius erklärt einfach: durch den Einbau in das fremde Haus ist das bisherige Eigenthum am Material nicht untergegangen, nur kann es zur Zeit nicht ausgeübt werden, des thatsächlichen Hindernisses wegen: daher tritt es sofort wieder in Wirksamkeit mit Beseitigung des letzteren. b) Andere römische Juristen drücken sich, ohne auf die Sache näher einzugehen, dahin aus, dass nach der Trennung das Eigenthum zu dem früheren Herrn der Sache zurückkehre: so Paulus in Fr. 23 § 7 cit. „prior dominus uindicabit, Iulianus in Fr. 59 de rei uindicatione „simulatque dempta essent, continuo in pristinam causam reuerti“ und selbst Kaiser Antoninus in C. 2 sagt von unserem Fall „ad pristinum dominum reuerti“. c) Hat man aus diesen Stellen auf eine Meinungsverschiedenheit zwischen Gaius und den andern zu schliessen? Man hat bekanntlich von manchen Seiten geglaubt, das zu müssen. Aber die römischen Juristen sprechen nirgends von einer solchen; auch ist es wenig wahrscheinlich, dass man von dieser Seite geneigt gewesen sei, einen nutzlosen Verlust und einen ipso iure erfolgenden, nutzlosen Wiedererwerb des Eigenthums anzunehmen. Ich meine, es liege nichts vor als eine naheliegende Ungenauigkeit des Ausdrucks. Einer solchen machen sich die römischen Juristen, die ja keine Gesetzbücher schreiben, ebenso häufig schuldig wie unsere heutigen. So Ulpian, wenn er in seiner bekannten Definition die Novation bezeichnet als „prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio“ und, vielleicht unwillkürlich sich selbst corrigirend, sofort hinzufügt „ita ut prior primatur“; so derselbe Ulpian, wenn er von der Correalobligation in Fr. 3 § 1 de duobus reis sagt „cum una sit obligatio“, während er von demselben Fall in Fr. 5 de fideiusoribus erklärt, es bestehen deren zwei: und es ist dabei an einen Wechsel der Anschauung um so weniger zu denken, als beide Stellen in dem Werk ad Sabinum ziemlich dicht bei einander standen. Vgl. Windscheid, Pandekten I, § 188.

Uebertragung des Bodens die superficies nothwendigerweise mit überträgt, also auch wider seinen Willen¹⁾).

Weil die Regel „superficies cedit solo“ dem naturale ius angehört, deshalb wird sie von den römischen Juristen nicht bloss auf das Eigenthum angewendet, sondern auch auf den Besitz²⁾).

Was von dem Eigenthum gilt, das gilt in natürlicher Folge auch von den Servituten. Da nun die superficies untergeht in dem praedium, so kann die servitus praedii urbani nicht an der superficies zustehen ohne den Boden. Damit stimmen die Quellen; denn urbanum praedium ist nach Ulpian gleich aedificium³⁾, also gleich dem Gebäude mit dem Boden⁴⁾. Nur scheinbar widerspricht Paulus in Fr. 3 de servitutibus:

Servitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt;

denn es ist nicht zu übersehen, dass auch die in superficie consistentes als servitutes praediorum, und mithin als an den Boden gebunden bezeichnet werden. Der Sinn der Stelle ist: ein Theil der Servituten haftet an dem Boden schlechthin; bei dem anderen gilt das zwar ebenfalls, aber nur so lange, als der Boden die superficies hat⁵⁾).

Die Servituten nämlich sind nach der Auffassung des civile ius streng an das Individuum gebundene Rechte. Dem entsprechend gilt die grundlegende Personalservitut des Ususfructs einestheils nur für die bestimmte Person im civilen Sinne — sie erlöscht durch Tod und capitis deminutio —, anderentheils nur für das bestimmte Sachindividuum, sodass

¹⁾ Fr. 44 § 7 de obligationibus et actionibus (Paulus). — ²⁾ Fr. 3 § 7 uti possidetis. [Auch in dieser Stelle ist nicht zu übersehen, dass „aedes“ das Gebäude mit dem Boden bedeutet.] Weil die superficies nicht ohne den Boden besessen werden kann, deshalb kann man sie auch nicht ohne den Boden zu Eigenthum ersitzen: Fr. 26 de usurpationibus et usucapionibus. — ³⁾ Fr. 198 de verborum significatione. — ⁴⁾ S. 123 Anm. 8. — Daher wird in Fr. 198 cit. der vom Haus umgebene Garten dem praedium urbanum zugerechnet. Von dem ususfructus insulae wird uns in Fr. 53 de usufructu (Iulianus) gesagt, er hafte am ganzen Boden, so lange auch nur ein kleiner Theil des Hauses steht. — ⁵⁾ Verschiedene Auffassungen bei Jhering, Geist des römischen Rechts II, Anm. 357, und bei Schirmer, Zeitschrift für Rechtsgeschichte XII, S. 161 ff.

sie untergeht durch rei mutatio¹⁾. Nicht minder sind die Prädialservituten an das herrschende und an das dienende Sachindividuum gebunden: auch sie erlöschen nach *ciuile ius* durch rei mutatio²⁾. Wenn freilich die alte Sache rechtzeitig wieder zum Vorschein kommt, so entsteht die Servitut *ipso iure*³⁾, dagegen bringt der Wiederaufbau des zerstörten Hauses nicht *eandem rem sed aliam*. So das *civile ius*; der Prätor aber unterscheidet. Zwar für die Personalservituten hält auch er an der alten Strenge fest: weil sie in den Gehalt des Eigenthums besonders tief eingreifen, findet er keinen Grund für Begünstigung. Nicht so bei den sachlich ungleich weniger störenden *servitutes praediorum*: nach der Wiederherstellung giebt er hier unbedenklich *utilis actio*⁴⁾.

II. Schon nach *ciuile ius* kann das Genussrecht an der superficies einem anderen zustehen als dem Eigenthümer. Das geschieht nach dem Princip des dinglichen Rechts durch *usus-*

¹⁾ Fr. 5 § 2 quibus modis usufructus. a) Der usufructus aedium erlöscht mit dem Untergang des Hauses: Fr. 5 § 2. 12 quibus modis. b) Der usufructus areae erlöscht mit der Aufführung eines Hauses auf derselben: Fr. 5 § 3 cit. c) Der usufructus fundi erlöscht nicht durch die Zerstörung einer darauf befindlichen, nebensächlichen uilla; denn der Gegenstand des Ususfructs ist derselbe geblieben: Fr. 8 eod. tit. —

²⁾ a) Wenn das herrschende praedium urbanum seine superficies verliert, so geht die Servitut *ciuilititer* unter: Fr. 20 § 2 de servitutibus praediorum urbanorum (Paulus). Daher war es nicht ohne Bedeutung, wenn man die einem Weinberg bestellte Servitut nicht als der superficies zustehend betrachtete. Fr. 13 de servitutibus praediorum rusticorum (Iavolenus) lautet bei Mommsen: „Certo generi agrorum adquiri servitus potest, uelut uineis, quod ea ad solum magis quam ad superficiem pertinet. igitur sublatis uineis servitus manebit —“. Ich glaube, es sei zu interpungiren: „uelut uineis; quod ea ad solum magis quam ad superficiem pertinet, igitur —“. b) Ebenso tritt nach *ciuile ius* der Untergang der Servitut ein mit Beseitigung des dienenden praedium urbanum: Fr. 31 de servitutibus praediorum urbanorum (Paulus). — ³⁾ Das ist möglich bei der area: Pr. 36 pr. de usufructu (Africanus). — ⁴⁾ 1. Bei den *servitutes praediorum urbanorum* giebt der Prätor *utilis actio* a) nach Wiederherstellung des dienenden Grundstücks: Fr. 31 pr. de servitutibus praediorum urbanorum (Paulus); b) nach Wiederaufbau der superficies des herrschenden: Fr. 20 § 2 eod. tit. (Paulus); die Worte „*utilitas exigit, ut idem intellegatur*“ befürworten offenbar die *utilis actio*. 2. Bei dem usufructus versagt der Prätor diese *utilis actio*: Fr. 20 § 2 cit.; Fr. 5 § 2 quibus modis (Ulpianus).

fructus aedium; von dem Eigenthum an dem Grundstück ist das Genussrecht zeitweise abgelöst und auf ein anderes Subject übertragen. Dagegen nach dem Princip der Obligation, insbesondere in Gestalt der locatio conductio aedium, bleibt das Genussrecht im Eigenthum; der Eigenthümer räumt dem andern lediglich in Form der persönlichen Verpflichtung die Befugniss ein, dieses fremde Genussrecht im eigenen Interesse auszuüben.

Folgende, bei der locatio conductio geltende Sätze gehören hierher:

1. Das Recht des conductor besteht darin, dass er von dem locator das „re frui licere“ verlangen kann: das ist die durchaus gewöhnliche Bezeichnung sowohl bei dem Landpacht als bei der Hausmiethe¹⁾. Wird dem entsprochen, so erhält der conductor die Detention dann, wenn der gemiethete Gegenstand sich dazu eignet. Das ist der Fall bei der Miethe eines praedium, sei es rusticum oder urbanum²⁾; das ist nicht der Fall bei der Miethe eines integrirenden Theils, so eines Zimmers, eines Stockwerkes, der superficies ohne den Boden³⁾.

¹⁾ „Re frui“ ist der allgemeine Ausdruck bei einer jeden Sachmiethe: C. 6 de locatione et conductione: „rem fruendam alicui locare“; er findet sich für Haus- und Grundstücksmiethe zugleich: Fr. 9 pr. locati conducti; insbesondere bei fundus, ager, locus: Fr. 9 § 1 Fr. 15 § 1. 2. 8, Fr. 24 § 4. 5 eod. tit.; Fr. 13 § 30 de actionibus empti; Fr. 16 de liberatione legata; Fr. 1 de loco publico fruendo [Quo minus loco publico, quem is cui locandi ius fuerit, fruendum alicui locauit]; bei domus, insula: Fr. 7, Fr. 8, Fr. 9 pr., Fr. 35 pr. locati conducti. Parallelausdruck „uti“: Fr. 27 pr., Fr. 28 pr. eod. tit.; specialisirt „habitare“: Fr. 7, Fr. 8, Fr. 25 § 1 eod. tit.; Fr. 13 § 30 de actionibus empti; Fr. 3 § 3 uti possidetis. — ²⁾ Der conductor (colonus, inquilinus) hat die eigentliche possessio nicht: Fr. 6 § 2 de precario; Fr. 3 § 3. 4. 7 uti possidetis; Fr. 33 § 1 de usurpationibus et usucapionibus. Aber er ist in praedio: Fr. 6 § 2 cit.; possidet domino: Fr. 60 § 1 locati conducti; naturaliter possidet: Fr. 7 § 11 communi diuidundo; endlich in ungenauer Rede heisst es von ihm geradezu „possidet“; Fr. 11 § 3 Fr. 15 § 1 locati conducti; C. 16 eod. tit. — ³⁾ Fr. 15 § 12 de damno infecto (Ulpianus): „— et extat Sabini sententia, in totas aedes mittendum: alioquin si ex superficie, inquit, damnum timeatur, non habebit res exitum, nec profuturum in possessionem eius rei mitti, quam quis possidere non possit aut ei non expediat. Cfr. Fr. 44 § 1 de obligationibus et actionibus (Paulus); Fr. 3 § 7 uti possidetis (Ulpianus).

2. Weil die *conductio* ein Recht an der Sache nicht erzeugt, deshalb entscheidet über die Zulässigkeit derselben lediglich die Möglichkeit des „*frui*“. Daher kann den Gegenstand der *locatio conductio* die superficies bilden ohne den Boden, desgleichen ein Stockwerk, ein einzelnes Zimmer¹⁾.

3. Weil der Eigenthümer, welcher vermietet hat, das Nutzungsrecht in seinem Eigenthum behält, deshalb kann er — allerdings nur unter Fortdauer seiner persönlichen Pflicht gegen den *conductor* — die vermietete Sache dem dritten zu vollem Eigenthum übertragen.

Weil die aus der *locatio conductio* hervorgehende Obligation lediglich für die Contrahenten vorhanden ist, deshalb hat sie dem neuen Eigenthümer gegenüber keine Bedeutung²⁾.

4. In der Natur des „*frui*“ liegt es, dass der *conductor* dasselbe nicht bloss in eigener Person vornehmen kann, sondern auch durch einen anderen. Das kann er insbesondere in der Form der ebenfalls nur unter den Contrahenten wirkenden *sublocatio*³⁾.

5. Der in dem „*re frui*“ von einem dritten gestörte *conductor* hat wider den Störer weder die *Contractsklage* — denn er hat nicht mit ihm contrahirt —; noch eine dingliche Klage, denn er hat kein dingliches Recht; noch endlich eine Klage wegen Störung im Besitz, denn er ist auch nicht Besitzer. Sein einziger privatrechtlicher Schutz liegt in der *actio conducti* wider den *locator*, welcher ihm zu dem „*re frui licere*“ verpflichtet ist⁴⁾.

6. Der Natur des von der *bona fides* geregelten *Contracts* entspricht es, wenn wir der Bestimmung begegnen, dass dem Vermiether das Recht der Austreibung dann zusteht,

¹⁾ Fr. 30 *locati conducti* (Afenus); Fr. 11 § 5 *de pignoratitia actione* (Ulpianus). — ²⁾ Schliesst der Verkäufer mit dem Käufer einen Nebenvertrag des Inhalts, dass dieser den *conductor* gewähren lasse, so ist der Käufer nicht dem letzteren, sondern nur dem Verkäufer verpflichtet, und zwar *ex uendito*: Fr. 25 § 1 (Gaius), Fr. 32 (Iulianus), Fr. 33 (Africanus) *locati conducti*; C. 9 *de locato et conducto* (Alexander); Fr. 59 § 1 *de usufructu* (Paulus); Fr. 13 § 30 *de actionibus empti* (Ulpianus). — ³⁾ Dieselbe hat sich aus der Natur des Geschäfts selber entwickelt, sie bedurfte keiner gesetzlichen Sanction. — ⁴⁾ Fr. 25 § 1 (Gaius), Fr. 32 (Iulianus), Fr. 33 (Africanus) *locati conducti*. Vgl. Fr. 18 § 4 *de damno infecto*.

wenn der Miether den Miethzins durch lange Zeit schuldig geblieben ist. Unter langer Zeit wird der Ablauf eines *bienium continuum* verstanden¹⁾).

7. Die Grenze zwischen *locatio conductio* und *emptio venditio* war zur Zeit der classischen Juristen nicht zweifellos. Gaius²⁾ hebt drei Fälle hervor, in welchen der Zweifelsgrund der gleiche ist, nämlich der materiell auf Veräußerung gerichtete Inhalt einer formell abgeschlossenen Location. Hierher gehört der von Gaius an erster Stelle besprochene Fall „*veluti si qua res in perpetuum locata sit*“. Die Frage war: ist in dieser Unvergänglichkeit des auf die Erben und gemäss dem Princip der *sublocatio* auf die Singularsuccessoren übergehenden³⁾ persönlichen Nutzungsrechts eine mindestens partielle Veräußerung der Sache selber zu erkennen oder nicht. Als Beispiel dieses Falles nennt Gaius die Verpachtung städtischer Grundstücke auf so lange Zeit, als der Zins richtig werde bezahlt werden. Unter dieselbe Kategorie fällt auch die auf die Dauer zu dem Zweck abgeschlossene Bodenmiethe, damit der Miether darauf ein Haus errichte, und vielleicht haben wir einen Hinweis auf die verschiedene Auffassung dieses Falles von Seiten der römischen Juristen in einer gelegentlichen Aeusserung Ulpian's⁴⁾ zu erkennen. Jedenfalls sagt uns Gaius a. a. O., dass sich die überwiegende Zahl der Juristen für die Auffassung als *locatio conductio* entschieden habe, und in diesem Sinne sind die Pandekten excerptirt.

8. Den Sprachgebrauch anlangend, so ist die gewöhnliche Bezeichnung *locatio et conductio*, auch mit Weglassung der Copula. Für die Sonderbedeutung der beiden Worte ist zu

¹⁾ Fr. 54 § 1 (Paulus), Fr. 56 (Paulus libro singulari de officio praefecti uigilium) locati conducti. Ueber den Ursprung des Satzes ist mir nichts bekannt; die Inscription der zweiten Stelle scheint auf die Satzung einer Behörde hinzuweisen. — ²⁾ Gaius 3 § 145—147. — ³⁾ Gaius gedenkt nur des Uebergangs auf die Erben; dagegen der auf Gaius beruhende § 8 I. de locatione et conductione fügt hinzu „*cuiusue conductor heresue eius id praedium uendiderit rel.*“ und gerade in dieser Veräußerungsmöglichkeit erkennt Theophilus die Aehnlichkeit mit dem Kauf. — ⁴⁾ In Fr. 1 § 1 de superficiebus schreibt der Jurist: *Qui superficiem in alieno solo habet, ciuili actione subnixus est; nam si conduxit superficiem, ex conducto, si emit, ex empto agere cum domino soli potest.*

bemerken, dass sie früher unterschiedslos gebraucht wurden¹⁾: eine Freiheit im Ausdruck, welche noch bei den classischen Juristen sich gelegentlich findet²⁾ und woraus sich erklären wird, dass die Willkür des Sprachgebrauchs bei der *locatio operis* sich in anderer Weise fixirte als bei der *locatio rerum et operarum*.

II.

Ausgangspunkt der prätorischen Entwicklung.

I. Der erörterte Grundsatz, wonach der Miether, gemäss der persönlichen Natur seines Rechts, nur gegen den Vermiether klagen kann, nicht aber gegen den dritten Störer selber, musste sich in manchen Fällen als eine innerlich nicht gerechtfertigte Einschränkung erweisen. Einmal für den Miether, der dadurch herbeigeführten Abhängigkeit wegen; sodann für den Vermiether selber, weil die Pflicht des Eintretens für einen anderen als eine Last empfunden wurde³⁾.

Da das *ciuile ius* sich selbst zu corrigiren keine Anstalt traf, so war es, wie gewöhnlich, der Prätor, welcher sich zur Abhilfe berufen fühlte. Er that das in der ihm eigenthüm-

¹⁾ Fr. 19, Fr. 20 de actionibus empti. Eine ähnliche Bewandniss hat es mit dem deutschen Wort „leihen“. — ²⁾ Namentlich Ulpian in Fr. 45 de regulis iuris; Fr. 9 § 3, Fr. 15 § 9 locati et conducti. Es besteht daher kein Grund dafür, dass in Fr. 30 pr. eod. tit. (Alfenus) das Wort „conduxit“ in „locavit“ umgewandelt werde. — ³⁾ Auf eine analoge Entwicklung weist das SC. Trebellianum hin, wenn es beginnt: „Cum esset aequissimum in omnibus fideicommissariis hereditatibus, si qua de his bonis iudicia penderent, ex his [Mommsen schiebt ein „eas lites“; einfacher und diplomatisch wahrscheinlicher „ea“] eos subire, in quos ius fructusque transferretur, potius quam cuique periculosam esse fidem suam —“. Namentlich war es der Staat, welcher sich von derartigen Lasten besonders gern frei machte. Das ist z. B. der Grund, weshalb lediglich wer vom Fiscus eine Erbschaft kauft, als Universalsuccessor behandelt wird: C. 1 de hereditate uendita (Seuerus). Andererseits besteht im vorliegenden Fall ein Unterschied der Behandlung. Durch Anerkennung der Universalsuccession befreit das *ciuile ius* den bis dahin belasteten heres vollständig. Dagegen wird durch Einführung des prätorischen *interdictum de superficie* und die sich anschliessende prätorische *in rem actio* der locator von seinen civilen Verbindlichkeiten nicht befreit: der Prätor will das *ciuile ius* hier nicht corrigiren, er ergänzt es.

lichen Art, d. h. nicht durch Aufstellung eines gegensätzlichen, allgemeinen Princip, sondern lediglich für zwei besondere Fälle, welche er für vorzugsweise dringliche erachtete und zugleich vollständig übersah. Da nämlich, wo es sich um *praedia rustica* handelte, führte die Entwicklung von der *civilen locatio conductio* zu dem prätorischen Rechte an dem *ager uectigalis*; da, wo *praedia urbana* in Frage standen, von demselben *civilen Rechtsgeschäft* zu dem prätorischen Rechte an der *superficies*.

II. Das letztgenannte Institut hat zu seinem natürlichen Ausgangspunkt den Fall, wo jemand auf dem fremden, zu diesem Zweck gemietheten Grundstück ein Gebäude errichtete. Dass in der That hier der Anfang der Dinge zu suchen sei, dafür zeugt der Umstand, dass dieser Fall zu allen Zeiten als der normale angesehen wurde. Paulus¹⁾ bezeichnet den *superficiarius* als denjenigen,

„qui in conducto solo superficiem imposuit“.

Damit stimmt Gaius offenbar überein, wenn er sagt²⁾:

*Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt*³⁾.

Endlich und ganz besonders folgt es daraus, dass das Miethgeld des *Superficiars* technisch „*solarium*“ genannt wird⁴⁾, also Entgelt für den Genuss⁵⁾ des Bodens⁶⁾.

¹⁾ Fr. 18 § 4 de damno infecto. — ²⁾ Fr. 2 de superficiebus. —

³⁾ Dass auch hier der *conductor* als der Erbauer gedacht sei, folgt aus dem Umstande, dass er als *solus conductor* betrachtet wird. Dagegen in der Definition, welche in Fr. 74 de rei vindicatione Paulus vom *superficiarius* gibt, wird die Frage nach dem Erbauer offen gelassen: „Id est qui in alieno superficiem ita habet, ut certam pensionem praestet“. — ⁴⁾ Das ist die gewöhnliche Bezeichnung: Fr. 15 qui potiores; Fr. 39 de legatis I; Fr. 2 § 17 ne quid in loco publico; Fr. 7 § 2 de usufructu [die Florentina hat hier „*salarium*“, aber Ulpian schrieb zuverlässig „*solarium*“; cfr. Mommsen ad h. l.]. Ferner findet sich der Ausdruck in der Urkunde des *aedificium Puteolanum* vom zweiten Jahrhundert n. Chr. bei Bruns-Mommsen p. 284 und in der des *Adrastus* ebenda p. 284. 285. Vollkommen gleich ist die Bezeichnung als „*merces soli*“: Fr. 17 de pignoratitia actione. Natürlich passt hier auch der allgemeine Name „*pensio*“: Fr. 74 de rei vindicatione; Fr. 39 § 2 de damno infecto; C. 1 de diuersis praediis. Endlich wird das *solarium* als ein besonderer Fall des *uectigal* aufgefasst: Fr. 2 § 17 cit. —

⁵⁾ Uebrigens ist auch derjenige, der als *conductor soli* das Haus gebaut

III. Nun wird man allerdings wenig geneigt gewesen sein, Häuser auf fremden Grundstücken zu erbauen unter der Herrschaft des *ciuile ius*, welches dem Pächter gar kein Recht am Gebäude einräumt. Dennoch gibt es einen Fall, wo einerseits der Boden häufig überhaupt nicht käuflich zu haben ist und wo andererseits die Gefahr unbilliger Austreibung zurücktritt: so ist es bei den dem Staat oder einer Gemeinde gehörigen Ländereien. Wie es nun bei der Emphyteuse feststeht, dass ihre Anfänge in den Pachtungen von *ager publicus* zu erkennen seien, so weist auch bei der Superficies die Ueberlieferung auf den analogen Entwicklungsgang hin¹⁾.

Zwar die Behauptung, dass der älteste hierher gehörige Fall in der *lex Icilia de aentino publicando* vom Jahre 297 zu erkennen sei²⁾, wird heutzutage nur noch wenige Gläubige finden. Wohl aber wird den *tabernae*, welche das Forum umgaben, ein frühes Beispiel zu entnehmen sein. Denn die um das Jahr 550 d. St. wieder aufgebauten, sogenannten *septem seu plebeiae tabernae*, welche später *quinque tabernae* genannt werden, desgleichen die *argentariae*, standen in öffentlichem Eigenthum, wurden jedoch einzelnen Privatleuten nach den Grundsätzen der Superficies überlassen³⁾. Ein sicheres

hat, „*inquilinus*“; denn er bewohnt das einem anderen zugehörige Haus und bezahlt *merces*: Fr. 3 § 3 de *operis noui nuntiatione*. — *) Auch Seneca betrachtet diesen Fall als den selbstverständlichen, wenn er in ep. 88 schreibt: „*Philosophia nihil ab alio petit, totum opus a solo excitat: mathematica, ut ita dicam, superficiaria est, in alieno aedificat*“.

¹⁾ Vgl. Degenkolb a. a. O. § 17. — ²⁾ So Puchta, Institutionen § 254, mit Berufung auf Liuius 3, 31 ff., Dionys. 3, 67. Wie in diesem Fall das rechtliche Verhältniss gestaltet war, mag dahingestellt bleiben; jedenfalls ist im Jahre 297 d. St. an das prätorische Recht der superficies nicht zu denken. — ³⁾ a) Die ältesten, von Tarquinius Priscus erbauten *tabernae* standen im Privateigenthum, gleich den Häusern des Forum: Liuius 1, 35; 9, 40; Dionys. 3, 67. b) Ebenso wurden diejenigen *tabernae*, welche der Censor M. Fuluius im Jahre 575 auf dem *forum piscatorium* erbaute, an Privatleute verkauft: Liuius 40, 51. c) Anders stand es um die gegen Mitte des sechsten Jahrhunderts von zwei *aediles plebis* erbauten „*septem tabernae*“, welche nach ihren Erbauern auch „*plebeiae*“ genannt werden und späterhin, offenbar wegen irgend eines öffentlichen Interesses in der Zahl reducirt (vgl. Liu. 39, 44), den Namen „*quinque tabernae*“ führen: Liuius 26, 27;

Beispiel bringt Frontinus ¹⁾, wenn er mittheilt, dass längs der Wasserleitungen eine Reihe von dem Staat zu Zins (uectigal) verpflichteten Häusern auf öffentlichem Boden standen; denn zuverlässig ist es nicht der Staat, der jene als etwaiger Bau-speculant erbaute. Einen anderen ganz sicheren Fall aus dem Jahre 193 nach Christus überliefern die uns erhaltenen, auf den Freigelassenen Adrast bezüglichen Urkunden ²⁾. Diesem nämlich, der den Posten eines procurator columnae Diui Marci inne hatte, wird in jenen die Erlaubniss ertheilt, auf dem betreffenden öffentlichen Boden ein Wärterhaus zu erbauen gegen Entrichtung eines solarium. Dass es sich dabei keineswegs um ein vereinzelt Vorkommniss handele, ergibt sich aus den in der Ueberschrift wiederholten Worten der Rationalen „praestaturum secundum exemplum ceterorum solarium“.

Wie der Staat, so pflegten auch die Städte nach staatlichem Muster an ihren Grundstücken das Recht der superficies einzuräumen. So hatte, etwa gegen Ende des zweiten Jahrhunderts, Atimetus von der Stadt Puteoli das Recht erhalten, gegen Entrichtung des üblichen solarium ein Gebäude auf städtischem Boden zu errichten ³⁾.

Festus s. u. plebeias. — Diese septem tabernae, desgleichen die argentariae, welche man später nouae nennt, bleiben in öffentlichem Eigenthum; das beweist Livius, wenn er nach der Mittheilung, dass die genannten tabernae damals abgebrannt seien, fortfährt: „Comprehensa postea priuata aedificia“; und damit stimmt Livius 27, 11. Die genannten tabernae wurden aller Wahrscheinlichkeit nach sehr bald nach superficiarischem Recht behandelt, so dass von ihnen galt, was Ulpian in Fr. 32 de contrahenda emptione erklärt: Qui tabernas argentarias uel ceteras, quae in solo publico sunt, uendit, non solum sed ius uendit, cum istae tabernae publicae sunt, quarum usus ad priuatos pertinet.

¹⁾ Frontinus, de aquis urbis Romae II, 118: comoda publicae familiae exonerantur uectigalium redditu ad ius aquarum pertinentium. ea constant ex locis aedificiisue quae sunt circa ductus et castella aut munera aut lacus. Cfr. C. 130. — ²⁾ Bruns-Mommsen, fontes iuris romani antiqui, p. 284; Rudorff in Savignys Zeitschrift, Bd. 11, S. 219 ff.; Mommsen, ebenda Bd. 15 S. 335 ff. — ³⁾ Bruns-Mommsen l. l. Dazu Degenkolb in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 4 S. 474 ff. Die Stadtgemeinde gibt ihre Zustimmung dazu, dass das bedungene Recht der superficies unter Beseitigung des solarium in ein anderweitiges, auf die Lebensdauer des Atimetus beschränktes Recht verwandelt werde. Der Inhalt desselben wird be-

IV. Man hat angenommen, dass in derartigen Fällen der Parteiwille über das hinausgegangen sei, was nach *ciuile ius* möglich, nämlich auf Begründung des Eigenthums an der superficies, so dass das hierher gehörige prätorische Edict als ein Product der Vermittelung erscheine¹⁾. Von dem Vorkommen eines solchen, die Grenzen des *ciuile ius* überschreitenden Privatwillens wissen die Quellen nichts; die Betreffenden haben vielmehr im Vertrauen auf die Redlichkeit des anderen Theils ein derartiges Unternehmen gewagt trotz dem unzureichenden Rechtsschutz. Nur davon sprechen, wie in anderen Fällen, die Pandekten, dass es der Prätor für angemessen erachtet habe, im öffentlichen Interesse einen weiteren Schutz zu gewähren²⁾.

Was das hierher gehörige Edict betrifft, so befinden wir uns — anders als bei dem *ager uectigalis* — in der günstigen Lage, dasselbe seinem Wortlaute nach zu besitzen. Nach der Florentina hat es folgende Fassung:

Uti ex lege locationis siue conductionis superficie, qua de agitur, nec ui nec clam nec precario alter ab altero fruemini, quo minus fruamini, uim fieri ueto. ³⁾ si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo.

Klar ist, dass hier für denselben Gegenstand zwei wesentlich verschiedene Anordnungen getroffen werden. Den Anfang macht die Formel eines Interdicts, wie es zur Zeit des lebendigen prätorischen Rechts vom Magistrat auf Antrag einer Partei gegen beide in mündlicher Rede zu erlassen war. Darauf folgt das allgemeine Versprechen, dass, wenn irgend

zeichnet als „*usus et fructus potestasque aedificii sui*“. Seine ursprüngliche Auffassung, dass hiernach das superficiarische Recht ohne *solarium* fortbestehen solle, hat Degenkolb, Platzrecht S. 42, wie ich glaube mit Grund, zurückgenommen. Andererseits geht, was dem *Atimetus* gewährt wird, durch den Zusatz der *potestas aedificii sui* über den *usufructus* hinaus: welcher Natur das zu begründende Recht sei, darüber waren die Väter der Stadt vielleicht selber sich nicht vollkommen klar.

¹⁾ Wächter a. a. O. § 1. — ²⁾ Fr. 1 § 1 de superficiebus. —

³⁾ Vermuthlich ist das sonst übliche verbindende „Item“ durch Schreiberversehen hier ausgefallen: Fr. 1 pr. de publicanis; Fr. 1 pr. de tabulis exhibendis; Fr. 1 § 15 de cloacis; Fr. 2 ui bonorum raptorum; Fr. 2 pr. de incendio; Fr. 15 § 24 de iniuriis.

eine andere Klage zum Vortheil der superficies werde erbeten werden, dieselbe nach vorhergegangener causae cognitio zu ertheilen sei.

Die beiden Sätze sind nicht gleichzeitig entstanden. Das interdictum de superficie gehört nämlich, obgleich es das interdictum Uti possidetis zum Vorgänger hat, wie überhaupt das Institut der Interdicte, aller Wahrscheinlichkeit nach der Legisactionen-Zeit an. Dagegen der zweite Satz, jedenfalls später entstanden als der erste, stammt aus der Zeit des Formularprocesses; dafür spricht sein Inhalt, seine Fassung¹⁾, endlich der Umstand, dass Paulus von den aliae actiones des Superficiars als von etwas redet, das noch nicht lange bestehe und namentlich jüngeren Datums sei als die Entwicklung bei den uectigalia praedia²⁾.

Ist die Reihenfolge der Entstehung begründet, so ergibt sich, dass es nicht zulässig sei, die Vorschrift des zweiten Satzes zur Interpretation der Interdictenformel zu benutzen.

III.

Interdictum.

I. Das interdictum de superficie erweist sich als eine Nachbildung des Uti possidetis; was wir erkennen müssten auch ohne die ausdrückliche Bemerkung Ulpian's in Fr. 1 § 2 h. tit.³⁾:

¹⁾ Der zweite Satz bezeichnet die vorhergehende Formel des Interdicts als „actio“: das hat der Prätor sicherlich erst in späterer Zeit gethan. — ²⁾ In Fr. 16 § 2 de pignoratitia actione sagt derselbe: „Etiam uectigale praedium pignori dari potest: sed et superficarium, quia hodie utiles actiones superficariis dantur“. — Niegolewski, p. 22, folgert aus dieser Mittheilung mit Unrecht das spätere Entstehen des ganzen superficiarischen Rechts überhaupt; das Interdict ist keine utilis actio, das sind lediglich die „aliae actiones“ des Edicts. Mit gleicher Grundlosigkeit beruft sich derselbe auf Fr. 13 § 8 de damno infecto, eine Stelle, die sich gar nicht auf das Alter der prätorischen superficies, sondern darauf bezieht, dass unter anderen dem Superficiar das Recht auf die cautio damni infecti erst spät eingeräumt wurde. — ³⁾ Unter diesen Umständen weiss ich nicht, wie Rudorff (in Savignys Zeitschrift XI S. 230) zu der Behauptung kommen konnte, erst die Compilatoren haben den falschen Schein der Verwandtschaft beider Interdicte hervorgerufen.

Proponitur autem interdictum duplex exemplo interdicti
 Uti possidetis. tuetur itaque Praetor eum, qui superficiem petit, ueluti Uti possidetis interdicto —

und er sagt das mit dem Hinzufügen:

omnia quoque, quae in Uti possidetis interdicto seruantur, hic quoque seruabuntur.

Die Aehnlichkeit liegt zunächst in der allgemeinen Structur beider, welche nach der Florentina lauten:

Uti eas aedes, quibus de agitur, nec ui nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, uim fieri ueto.

Uti ex lege locationis siue conductionis superficie, qua de agitur, nec ui nec clam nec precario alter ab altero fruamini, quo minus¹⁾ fruamini, uim fieri ueto.

Insbesondere tritt die Uebereinstimmung hervor in der prohibitorischen Form²⁾, in der Duplicität³⁾, in der exceptio und

¹⁾ Längst hat man erkannt, dass hier, wahrscheinlich durch Schreiberversehen, „ita“ ausgefallen sei. — ²⁾ Wie war die Lage der Dinge beschaffen, bevor der Prätor in seinem Edict die Interdicte proponirte? Die einfache Antwort geht dahin, dass wir davon nichts wissen, also nur Vermuthungen aufstellen können. Es gibt zwei Möglichkeiten. Die eine besteht darin, dass rechtlich überhaupt noch nicht gesorgt wurde. Das ist keineswegs absolut unwahrscheinlich, denn das älteste römische Recht war jedenfalls lückenhaft, wie überhaupt jedes beginnende: lange Zeit gab es impuberes sui iuris, welche einen tutor gar nicht erhalten konnten; auf dem Gebiete des Erbrechts gehörten die bona uacantia im eigentlichen Sinne zu den gewöhnlichen Erscheinungen des Tages; die Selbsthilfe war bis in die Kaiserzeit hinein straflos. — Eine zweite Möglichkeit führt dazu, dass in den später durch Interdicte geregelten Fällen König oder Consul sofort selber untersuchten und entschieden (extra ordinem cognoscere, nach dem späteren Sprachgebrauch). Für diese zweite Möglichkeit entscheidet sich Keller. Beide stehen einander etwa gleich: nur dagegen muss Verwahrung eingelegt werden, dass diese angeblichen magistratischen Cognitionen als die ältesten Interdicte bezeichnet werden. Zwischen extraordinaria cognitio und interdictum besteht vielmehr eine principielle Verschiedenheit. Denn während jene die nach untersuchter Sache erfolgende definitive Entscheidung ist, beruht das Wesen des Interdicts in dem Erlass vor untersuchter Sache: und gerade deshalb ist dieser Erlass nothwendiger Weise ein bedingter. — Was Keller als eine nebensächliche Hypothese hinstellt, woraus er als vorsichtiger Forscher sich hütet weitere Folgerungen zu ziehen, das wird als die

darin, dass auch das *interdictum de superficie* ein *in praesens relatum* sein muss. Allerdings stimmt zu dieser Behauptung

positive Grundlage neuer, angeblicher Entdeckungen behandelt in einer vielfach seltsamen, in einigen Punkten schon von Ubbelohde rectificirten Schrift, welche nicht sowohl aus den Quellen schöpft, als vielmehr diese für vorgefasste Meinungen zurecht macht: Emil Pfersche, *Die Interdicte des römischen Civilprocesses*, 1888. Hier mag die darin niedergelegte Auffassung der prohibitorischen Interdicte besprochen werden. Von diesen wird behauptet, dass sie zu ihrer Wirksamkeit eine vom Beklagten vorgenommene, schon zur Zeit des Erlasses vorhandene Verletzung verlangen: was schliesslich zu der beneidenswerthen Entdeckung führt, dass zwischen restitutorischen und prohibitorischen Interdicten ein eigentlicher Unterschied nicht bestehe (S. 125). Fragt man nach Beweisen, so wird es zunächst für ungeheuerlich erklärt, dass man so ohne weiteres durch obrigkeitliche Erlasse belästigt werden könne. Nun thut das freilich unsere Polizei ganz gewöhnlich. Ferner hat sogar das *ciuile ius* der Römer keinen Anstand genommen, ein solches ohne weiteres wirkendes und noch dazu *privates Verbot* anzuerkennen in Gestalt der *operis noui nuntiatio*. Gegen Missbrauch aber wird nachträglich gesorgt, bei dem letztgenannten Institut durch die Pflicht zur Ableistung des *iusiurandum calumniae* (Fr. 5 § 14 de *operis noui nuntiatione*), bei den Interdicten durch die *restipulatio*, welcher der Charakter der *poena temere litigantis* innewohnt und die daher, wo sie wegfällt, durch das *iudicium calumniae* ersetzt wird (Gaius IV, § 163. 174. 180). Das Hauptargument wird den Worten der *sponsio* entnommen „*aduersus praetoris edictum*“, denn darunter sei nicht das mündliche, in Form des Interdicts erlassene Verbot, sondern das vom Prätor proponirte Edict zu verstehen. Aber aus welchem Grund lässt sich der Prätor zu jenem mündlichen Verbot herbei, wenn sich der nachfolgende Process nicht um den Verstoss gegen dieses dreht, sondern um etwas ganz anderes? Und wo findet sich diese angebliche Edictsstelle? In den meisten Fällen enthielt das proponirte Edict das Formular zum Interdict und nichts weiter. Wo findet sich die Edictsstelle im Fall der *utilia interdicta* und insbesondere da, wo der Prätor ein solches ganz unabhängig von seinem Edict gewährt? Daher wird jene Schrift daran nichts ändern, dass die Mittheilung der classischen Juristen hierher gehöre, wonach „*aduersus praetoris edictum*“ gleich ist „*uetante praetore*“; eine Erklärung, welche niemanden verwundern wird, der es nicht ignorirt, dass die Beziehung des Wortes „*edictum*“ auf die schriftlichen Mittheilungen in dem *album praetoris* nicht die ursprüngliche, sondern eine abgeleitete Bedeutung ist. Jene Schrift wird ferner daran nichts ändern, dass man nur für die Zukunft verbieten kann, nicht für die Vergangenheit, und es wird für das classische Recht demgemäss dabei sein Verbleiben haben, dass bei dem aus dem prohibitorischen Interdict hervorgehenden Verfahren es sich lediglich

das „fruemini“ der Florentina schlecht; allein das Futurum verstösst nicht bloss gegen das Muster, sondern ist geradezu ohne Sinn; die Correctur „fruimini“ ist eine Nothwendigkeit¹⁾.

II. Was die Abweichungen des Interdicts von seinem Muster anlangt, so liegt die massgebende Differenz in der Bezeichnung des Gegenstandes. Während die hierher gehörige Form des Uti possidetis auf die aedes sich bezieht, also auf das Haus mit dem Boden, beschränkt sich das nachgebildete Interdict auf die superficies, also jedenfalls auf dasjenige, was, mit dem Boden fest verbunden, über denselben emporragt, mit Ausschluss des Bodens selber.

1) Ganz sicher ist die Anwendung des Interdicts auf die superficies im Sinne der superficiariae aedes²⁾. Da dieser Ausdruck jede Art von Gebäude umfasst³⁾, so gehören nicht nur die insulae hierher⁴⁾, sondern auch die domus⁵⁾.

2) Die Bedeutung von superficies geht über die superficiariae aedes weit hinaus. Klar ist von vornherein, dass in den Bereich des Interdicts keineswegs alles fallen könne, was jenem allgemeinen Begriff sich unterordnet; insbesondere nicht die superficies rei mobilis und ebensowenig eine jede superficies rei immobilis, z. B. Gras, Getreide. Gerade weil dem so ist, werden wir — anders als die herrschende Meinung thut — davon auszugehen haben, dass das römische Recht auf den in den Quellen allein hervorgehobenen Fall sich be-

um die Frage handle, ob dem vom Prätor mündlich ausgesprochenen Verbote zuwider gehandelt worden sei oder nicht. — ¹⁾ Für die Duplicität des superficiarischen Interdicts wird der Grund kaum wo anders als in der Formulirung nach dem Muster des Uti possidetis zu suchen sein; denn der Fall, dass von zwei Parteien eine jede dieselbe superficies für sich ausschliesslich in Anspruch nahm, wird ein so seltener sein, dass er schwerlich besondere Berücksichtigung verdiente.

¹⁾ a) Nach der Florentina sagt der Prätor: „stört einander gegenwärtig nicht in demjenigen Genuss, welchen ihr künftig haben werdet“. b) Es gibt lediglich in praesens und in praeteritum relata interdicta, keine in futurum relata: Fr. 1 § 2 de interdictis. — ²⁾ Fr. 2 h. tit. — ³⁾ Fr. 9 de incendio. — ⁴⁾ Fr. 12 de publiciana; Fr. 9 § 4, Fr. 39 § 2 de damno infecto; Fr. 1 § 5 de ui. — ⁵⁾ Rudorff, S. 225, nimmt an, dergleichen sei nicht vorgekommen: die rechtliche Möglichkeit bestand jedenfalls.

schränke, also auf die *superficiae aedes*: es bestand damals schwerlich ein weiter gehendes Bedürfniss¹⁾).

3) Wir erkannten den Ausgangspunkt des superficiarischen Rechts in den Gebäuden auf öffentlichem Boden. Ist dasselbe auch auf den im Privateigenthum stehenden Boden angewendet worden? Ohne Zweifel. Das entscheidende Wort des Interdicts „*superficies*“ und seine Erklärung durch „*superficiae aedes*“ umfassen auch diesen Fall; Ulpian's Commentar enthält keine Beschränkung und es fehlt auch nicht an entscheidenden Quellenbeispielen²⁾).

4) Ist das Interdict anwendbar auf den Inhaber eines einzelnen Stockwerkes? Man bejaht das gewöhnlich. Einen Quellenbeweis gibt es meines Erachtens nicht³⁾. Das Stock-

¹⁾ Für das Recht an Bäumen z. B., wofür man die *superficies* ebenfalls in Anspruch nehmen will, wird den Römern das Institut des *ager uectigalis* genügt haben. — ²⁾ In Fr. 3 § 7 *uti possidetis* steht dem Superficiar ein Privatmann als Eigenthümer gegenüber. In Fr. 1 § 4 h. tit. erhebt der Eigenthümer des Grundstücks die *rei uindicatio* wider den Superficiar: auch ein Beispiel für den *unus casus*. — ³⁾ Nach meinem Dafürhalten bringt das viel besprochene Fr. 3 § 7 *Uti possidetis* [vgl. Degenkolb S. 222 ff. und die daselbst Citirten] keine Entscheidung der Frage. Der Text lautet bei Mommsen: „Sed si supra aedes, quas possideo, cenaculum sit, in quo alius quasi dominus moretur, interdicto *Uti possidetis* me *uti posse*, Labeo ait, non eum, qui in coenaculo moretur: semper enim superficiem solo cedere. plane si cenaculum ex publico aditum habeat, uideri non ab eo aedes possideri, qui *κρήντας* possideret, sed ab eo, cuius aedes supra *κρήντας* essent. uerum est hoc in eo, qui aditum ex publico habuit: ceterum superficiarii proprio interdicto et actionibus a praetore utetur [Vulg.: *utentur*].“ Die Stelle entscheidet für zwei Fälle die Frage, welcher von zweien, von denen ein jeder den ausschliesslichen Besitz des Hauses für sich in Anspruch nimmt, in der That der Besitzer sei. Erster Fall: ich besitze mit dem Boden den unteren Theil des Hauses, der Inhaber des oberen Theils behauptet ebenfalls Besitzer des Hauses zu sein: ich bin Besitzer des ganzen Hauses [dass unter dem „qui in cenaculo quasi dominus moratur“ nicht, wie viele meinen, der Superficiar zu verstehen sei, ergibt sich daraus, dass in Erwägung gezogen wird, ob diesem Manne das *Uti possidetis* zustehe oder nicht: für den Superficiar liess sich diese Frage gar nicht aufwerfen]. Zweiter Fall. Das Haus besteht, anders als im ersten Fall, lediglich aus *κρήντας* und *cenaculum* [das folgt daraus, dass hier *cenaculum* und *aedes* synonym gebraucht werden; *cenaculum* ist also hier die ganze *superficies*. Mit

werk ist integrirender Theil der superficies: was von dem Ganzen gilt, gilt nicht nothwendig auch für diesen: und warum dann nicht auch für das einzelne Zimmer? Die Annahme entspricht nicht der geschichtlichen Entwicklung. Denn den Normalfall erkannte man zu allen Zeiten in der Errichtung des Gebäudes auf fremdem, gemietheten Boden: nun aber ist nicht Bodenmiether, wer ein Stockwerk auf das fremde Haus setzt. Ueberhaupt wird eine derartige Weise des Bauens zu den Dingen gehören, welche die Praxis verschmäht. Als man das Princip des superficialistischen Rechts auch auf vorhandene Gebäude erstreckte, hat man schwerlich daran gedacht, hier gelten zu lassen, was im Normalfall nicht möglich war. Offenbar hat auch die römische Praxis kein Bedürfniss der Ausdehnung nach dieser Seite hin empfunden; denn andernfalls

Recht hebt Degenkolb hervor, dass die von Sachverständigen uns überlieferten Beschreibungen des römischen Hauses keineswegs die wirklich vorgekommenen Formen desselben erschöpften]. a) Diese superficies hat einen Eingang von der Strasse her [dass man auf einer Treppe in das Obergeschoss hinaufsteige, davon ist keine Rede]: dann ist der cum animo domini das cenaculum Innehabende der Besitzer des ganzen Hauses; denn er beherrscht es. b) Die superficies hat keinen solchen Eingang, man gelangt also in dieselbe nur durch die *κρύπταις*: dann ist der Inhaber der letzteren der Besitzer des Hauses, denn er hat die Verfügungsgewalt: ihm steht daher das interdictum Uti possidetis zu. Dagegen der Inhaber des Oberbaues bedient sich der dem Superficiar zustehenden Klagen: aber selbstverständlich nur dann, wenn er Superficiar ist [keineswegs jeder Bewohner des Oberbaues ist es]. Nach dieser Auffassung spricht die Stelle in ihrem entscheidenden Theil auch infolge des florentinischen Textes ebenso wenig von dem Rechte der superficies an einem einzelnen Stockwerk, als wenn man mit Savigny und Degenkolb der Vulgata folgend „uten-tur“ liess. [Uebrigens ist zuzugeben, dass durch die Correctur das Verständniss der Stelle sich vereinfacht.] — Das entscheidende Wort ist „ceterum“; es bedeutet hier, wie häufig „anderen Falls“, also im Zusammenhang der Stelle: „qui aditum ex publico non habet“. Bei dem genannten Worte wird der Gegensatz zum Vorhergehenden zuweilen besonders hervorgehoben, z. B. in Fr. 25 de rei vindicatione: „— sed hoc post litem contestatam, ceterum ante iudicium acceptum“; Fr. 6 de iniusto; Fr. 63 § 7 de furtis; Fr. Vat. § 161. 165; ebenso häufig fehlt die Hervorhebung des Gegensatzes, so dass derselbe aus dem Hervorgehenden subintelligirt werden muss; so in Fr. 5 § 4 de carboniano edicto, Fr. 15 § 33 de damno infecto, Fr. 15 § 7 de re iudicata, so endlich in unserem Fragment.

wäre es kaum erklärlich, dass derselben in dem Titel „locati conducti“ nicht gedacht wird.

5) Ist im concreten Fall des Interdicts diejenige superficies, um welche es sich handelt, näher zu beschreiben¹⁾? Das erscheint von vornherein wenig wahrscheinlich; denn es vermehrte die Geschäfte des Magistrats ohne Noth und hat bei der besonders für die Römer bestehenden Schwierigkeit einer genauen Beschreibung seine praktischen Bedenken. Im Gegentheil enthält der Zusatz „qua de agitur“ einen Hinweis auf die Feststellung in der Vorverhandlung; gerade wie bei dem interdictum de ui die Bezeichnung der Localität durch „unde“ auch bei der concreten Formulirung beibehalten wird²⁾.

III. Der zweite Unterschied besteht darin, dass, wo das Muster einfach sagt „possidetis“, das nachgebildete Interdict die Worte aufweist: „ex lege locationis siue conductionis frui mini“. Während mithin das Uti possidetis eigentliche possessio zur Voraussetzung hat, verlangt das de superficie das „frui“ und zwar in der Beschränkung der locatio conductionis.

Betrachten wir zuerst die Worte „ex lege locationis siue conductionis“.

1) Ulpian³⁾ gibt einen der Gründe für Einführung des Interdicts in den Worten Ausdruck: „et quia incertum erat, an locatio existeret“. Weil man geglaubt hat, das auf die Zweifelsfrage, ob die locatio in perpetuum nicht vielmehr als uenditio zu bezeichnen sei, beziehen zu müssen, vorzugsweise deshalb hat man die obigen Worte des Interdicts dahin verändern wollen: „ex lege locationis siue uenditionis“⁴⁾. Dagegen hat Mommsen mit Recht⁵⁾ eingewendet, dass die Aufnahme des letzten Wortes in die Formel des Edicts auch in diesem Falle keine Nothwendigkeit sei. Zu einer der-

¹⁾ Dazu neigt Degenkolb S. 54. — ²⁾ Das wird bewiesen durch Cicero pro Caecina 28, 80. — ³⁾ Fr. 1 § 1 h. tit. — ⁴⁾ So Puchta, Institutionen § 244; Rudorff in Savignys Zeitschrift XI S. 233, Edict § 294, Degenkolb § 3. Gegen die Veränderung erklären sich Wächter in der Anmerkung zu § 8, Mommsen zu dieser Stelle, Lenel, Edict S. 383. — ⁵⁾ Das interdictum de migrando z. B. bezieht sich nach seinem Wortlaut nur auf den Miethsmann; dem umsonst Wohnenden wird es als utile gegeben, also mit im einzelnen Fall modificirter Fassung: Fr. 1 de migrando.

artigen willkürlichen Textesveränderung ohne jede handschriftliche Unterlage darf man nur dann vorschreiten, wenn jeder andere Ausweg verschlossen erscheint. erinnert man sich dagegen, dass der Sprachgebrauch von *locatio* und *conductio* lange Zeit schwankend war, dass weder die Formen der *legis actiones* noch selber die Gesetze es verschmähten, auf derartige Schwankungen ausdrücklich Rücksicht zu nehmen¹⁾, und dass gerade die Partikel „*siue*“ die in solchen Fällen übliche ist²⁾: so wird eine derartige Rücksichtnahme auch für das Edict des Prätors nichts auffälliges haben, sodass Ulpian's Worte den Sinn erhalten: „*incertum erat, utrum conductio an locatio existeret*“.

2) Wir finden in den Quellen anerkannt, dass das superficiarische Recht auch durch Kauf, Schenkung, Legat begründet werden könne. Wenn richtig ist, was später ausgeführt werden soll, nämlich dass alle diese Geschäfte den Abschluss der Location zum Gegenstand haben, so folgt, dass auch in diesen Fällen die Formel des Edicts bleibe, wie sie im Edict lautet, und dass mithin die Correctur „*uenditio*“ sogar in diesen Fällen sich als unbrauchbar erweist.

3) Den Ausgangspunkt bildet die Miethe des Bodens behufs der Errichtung eines Gebäudes auf demselben. Kann das besondere Recht an der superficies auch durch die Miethe der schon bestehenden *aedes* begründet werden³⁾?

Die Ausdehnung lag an sich deshalb nahe, weil der Miethsmann, zu den Fällen des abgeleiteten Besitzes nicht gehörend, an den possessorischen Interdicten keinen Antheil hat. Die Wortfassung des Interdicts begreift zweifellos auch diesen Fall, denn sie verlangt lediglich das „*frui superficie e lege locationis*“, um die Entstehung derselben sich nicht

¹⁾ Die Formel der *legis actio per manus iniunctionem* (Gaius 4, 21) beginnt mit den Worten: „*Quod tu mihi iudicatus siue damnatus es*“ [ich finde keinen Grund, den Zusatz zu beargwohnen]; die *lex Rubria* sagt mit sprachlicher Vorsicht zweimal (l. 29, l. 39): „*ex lege Rubria siue id plebeiscitum est*“. Daher scheint mir der Einwand Degenkolb's (S. 25), dergleichen gehöre nicht in die Sprache des Gesetzes, der römischen Denkweise nicht entsprechend. — ²⁾ Dafür zeugen die Stellen der vorigen Anmerkung. — ³⁾ Das bejaht die herrschende Meinung: Wächter S. 76 ff.; es wird verneint namentlich von Degenkolb § 9.

bekümmern. Von einer restrictiven Interpretation der römischen Juristen wissen wir nichts, sie bezeichnen vielmehr den Superficiar als *inquilinus*¹⁾, Ulpian bezieht das Interdict auf den *qui conduxit superficiem*²⁾, endlich fehlt es nicht an historischen Beispielen. So erzählt Liuius, dass im Jahre 545 der Staat es ist, der die das Forum umgebenden *tabernae* wiederaufbaut³⁾, obgleich sie, wie wir gesehen haben, dem Recht der *superficies* sicherlich unterstanden⁴⁾. Auch in dem Fall, wo der Privatmann, welcher ohne Berechtigung auf öffentlichem Boden gebaut hatte, nachträglich vom Staat als Superficiar angenommen wird, entsteht das prätorische Recht an einem schon vorhandenen, in fremdem Eigenthum stehenden Gebäude⁵⁾.

IV. Was bedeutet „*ex lege locationis siue conductionis frui*“?

1) Zur Beantwortung dieser Frage haben schon andere, namentlich Degenkolb, das *interdictum de loco publico fruendo* mit Recht in Vergleich gezogen:

Quo minus loco publico quem is, cui locandi ius fuerit, fruendum alicui locauit, ei qui conduxit socioue eius ex lege locationis frui liceat, uim fieri ueto.

Demnach besteht bei diesem Interdict, soweit die Sache hierher gehört, eine zweifache Begrenzung:

a) das Interdict steht dem Pächter selber und seinem *socius* zu⁶⁾;

b) diesen beiden steht es nur zu, insoweit sie den Genuss innerhalb der contractmässigen Grenzen beanspruchen⁷⁾.

¹⁾ Fr. 3 § 3 de operis noui nuntiatione. — ²⁾ Fr. 1 § 1 de superficibus. — ³⁾ Weil der Staat der Eigenthümer war, deshalb behandelte der Staat den Wiederaufbau als seine Angelegenheit: Liuius 27, 11. — ⁴⁾ S. Abschnitt II, S. 133 Anm. 3. — ⁵⁾ Bei einem derartigen Vorkommniss entscheidet der zuständige Magistrat darüber, ob das öffentliche Interesse die Wegnahme des betreffenden Gebäudes erfordere oder die Einräumung des superficiarischen Rechts gestatte: Fr. 3 § 17 ne quid in loco publico; Fr. 5 § 1 de operibus publicis; C. 1 de diuersis praediis. Vergl. Liuius 39, 44; 43, 16. — ⁶⁾ Darin liegt eine Berücksichtigung der *societas publicanorum*; der *socius* hat das Interdict aus eigenem Recht, nicht erst als ein aus der Person des conductor abzuleitendes. — ⁷⁾ Fr. 1 § 3 de loco publico fruendo (Ulpianus): Ait praetor „quo minus e lege locationis frui liceat“. me-

Die erste ist eine subjective Schranke (*causa possessionis*), die zweite eine objective.

Bei dem *interdictum de superficie* besteht nur die zweite Schranke, nicht die erste. Das wird vollkommen bestätigt durch Fr. 1 § 2 h. tit.:

tuetur itaque praetor eum, qui superficiem petit, ueluti uti possidetis interdicto, neque exigit ab eo, quam causam possidendi habeat; unum tantum requirit, num forte ui clam precario ab aduersario possideat.

Demnach genügt es, wenn der Kläger sich so im Genuss befindet, wie derselbe im Contract geordnet ist [objective Schranke]; gleichgiltig dagegen ist die Art, wie er in den Genuss gelangte; nur die subjective Schranke besteht, gemäss dem *Musteredict*, dass der Genuss dem processualischen Gegner gegenüber nicht vitiös sein darf. Ein Resultat, welches der freien Natur der *locatio conductio* vollkommen entspricht.

2) Gehört zu dem „*frui ex lege locationis*“ die gehörige Entrichtung des Zinses? Das behauptet man gewöhnlich, jedoch mit der Modification, dass dieselbe nur gegenüber dem dominus in Frage komme, nicht aber gegenüber demjenigen Beklagten, welcher kein Recht auf den Empfang hat. Aber abgesehen davon, dass die Frage, wer der dominus sei, bei diesem *Interdict* indifferent erscheint, ist daran zu erinnern, dass der den Miethzins nicht Zahlende nach wie vor „*e lege locationis fruitur*“ und zwar bis zu dem Zeitpunkte, wo der Vermiether das Recht der Austreibung erlangt und davon Gebrauch gemacht hat.

V. Was bedeutet *frui e lege locationis*?

1) Bekanntlich behaupten gewichtige Stimmen, der *Superficiar* habe *corporis possessio*: dann ist *frui* gleich *possidere*. Aber, wenn dem so wäre, warum bedient sich der Prätor zur Bezeichnung des Sachbesitzes statt des üblichen Wortes eines anderen, das diesen Sachbesitz nicht bezeichnet? Ja, warum lässt er sich dann nicht auch hier mit dem gewöhnlichen *Uti possidetis* genügen? Entscheidend erscheint der Umstand,

rito ait „*e lege locationis*“. *ultra legem enim uel contra legem non debet audiri, qui frui desiderat.*

dass der Superficiar gar nicht Sachbesitzer ist; denn da dem dominus diese Qualität zukommt, so unterliegt in dem Uti possidetis jener diesem: eben weil er nicht Besitzer ist ¹⁾).

2) Nach der herrschenden Meinung bezeichnet „frui“ die iuris quasi possessio des das prätorische dingliche Recht an der superficies in Anspruch Nehmenden. Wie sich das freilich konstruieren lasse, darüber befindet man sich sichtlich in Verlegenheit.

Niegolewski ²⁾ will das Wort „frui“ dadurch beschränkend erklären, dass er den folgenden selbstständigen Satz des Edicts „si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo“ auf die Formel des Interdicts zurückbezieht, d. h. er erstreckt die Nothwendigkeit der die conductio non ad modicum tempus verlangenden causae cognitio auch auf das Interdict. Das ist historisch unmöglich, wenn dieser zweite Satz in der That später entstanden ist als das Interdict. Das ist, selbst wenn beide Sätze gleichzeitig Aufnahme in das Edict gefunden haben sollten, sprachlich deshalb schlechthin unmöglich, weil die causae cognitio nur für die „aliae actiones“ verlangt wird, also gerade nicht für das Interdict.

Puchta ³⁾ gelangt auf einem anderen Wege zu demselben Resultat, nämlich durch die Behauptung, das bei den aliae actiones ausdrücklich hervorgehobene Erforderniss der causae cognitio liege bei dem Interdict in den Worten „ex lege locationis siue conductionis“ verborgen: als ob nur, wer auf lange Zeit gemiethet hat, und nicht jeder Miether sein Recht nach den Bestimmungen des Contracts auszuüben hätte.

Beide, Niegolewski und Puchta, machen, ein jeder auf seinem Wege, das Interdict zu einem rei persecutionem continens⁴⁾, vielleicht ohne es selber zu bemerken. Wer das Interdict für ein quasi possessorisches hält, muss sich mit dem Dasein des animus quasi possidendi begnügen, also gerade

¹⁾ Fr. 3 § 7 uti possidetis (Ulpianus): dominus autem soli tam aduersus alium quam aduersus superficiarium potior erit in interdicto Uti possidetis, sed praetor superficialium tuebatur secundum legem locationis. — ²⁾ A. a. O. S. 22. 58. 59. — ³⁾ Institutionen II § 244. —

⁴⁾ Fr. 2 § 2 de interdictis.

ohne die *causae cognitio* zu verlangen, welche auf das Dasein des prätorischen Rechts selber gerichtet ist.

3) „*Frui*“ ist, wie oben zu entwickeln war, der ganz gewöhnliche Ausdruck für Ausübung derjenigen Befugnisse, welche der Miethcontract dem Miether verleiht; „*superficie ex lege locationis frui*“ heisst einfach „im Genuss des Gebäudes sich befinden gemäss dem Miethcontract“. Da der Geniessende in dem ursprünglichen Fall Miether des Grund und Bodens ist, so äussert sich der Genuss in der Detention des Grundstücks, also in dem *possidere* im weiteren Sinne¹⁾. Wer sich daher ohne vorgefasste Meinung der Formel des Interdicts hingibt, der wird einfach sagen: geschützt wird ein jeder, welcher die superficies inne hat gemäss dem Miethcontract.

Dafür bringt das *interdictum de loco publico fruendo* eine angemessene Analogie. Dasselbe verlangt vom Kläger genau dasselbe „*frui*“ wie das *interdictum de superficie*; darunter aber versteht es nichts anderes, als dass er vom zuständigen Magistrat gemiethet habe und dass er im Genuss des gemietheten Grundstücks sich befinde (*frui*), also nichts als das Dasein der rechtsbeständigen *locatio* und ihre Ausübung. Davon, dass er behaupten müsse, er besitze auf Grund eines Rechts an dem *locus publicus* selber, ist trotz dem Erforderniss des „*frui*“ selbstverständlich keine Rede.

4) Wenn die Dinge sich in dieser Art verhalten, so ist das *interdictum de superficie* weder ein possessorisches — denn der Kläger behauptet niemals den Sachbesitz —, noch ein quasi possessorisches, denn er braucht auch nicht den Rechtsbesitz zu behaupten. Es ist vielmehr einfach erlassen zum Schutz desjenigen, der gemäss dem Miethcontract im Genuss der superficies sich befindet.

¹⁾ Ulpian schreibt dem Interdicenten wiederholt das „*possidere*“ zu: Fr. 1 § 1. 2 h. tit. Der Sachbesitz ist selbstverständlich ausgeschlossen; ebensowenig besteht irgend eine Nothwendigkeit, darunter die *iuris quasi possessio* zu verstehen; denn auch der blosse detentor wird bekanntlich gerade von Ulpian im weiteren Sinne als possessor bezeichnet: Fr. 9 de rei vindicatione. Diese Bezeichnung lag hier deshalb um so näher, als dieser Kläger häufig *iuris possessor* war; denn wer auf dem fremden Boden als Miether desselben ein Gebäude errichtet, der wird gewöhnlich auf lange Zeit gemiethet haben.

Das muss so sein, wenn das Interdict wirklich in einer Zeit entstanden ist, wo es ein prätorisches dingliches Recht an der superficies noch nicht gab. Es ist das zugleich ein sachlich befriedigendes Resultat; denn den Normalfall, also denjenigen, von welchem aus das Institut der superficies sich entwickelt hat, bildet der auf Grund der Grundstücksmiethe erfolgte Bau auf fremdem Boden. Dieser Miethsman, der in gutem Glauben auf den gemietheten Gegenstand Summen verwendet hat, welche den Werth desselben oft weit übersteigen, erschien dem Prätor eines über das Recht des gewöhnlichen Miethers hinausgehenden Schutzes ebenso würdig wie bedürftig: befindet er sich im Genuss des Gebäudes, welches durch seine oder seiner Vorgänger eigene Arbeit entstanden ist, so wird er vorläufig geschützt in diesem Genusse.

IV.

Alia actio.

I. Der zweite Satz ist von viel weiter tragender Bedeutung als der erste; denn durch ihn ist die superficies aus der Sphäre des Forderungsrechts in das Gebiet des Rechts an der Sache selber — allerdings nur mittelbar — erhoben worden. Derselbe lautet, wie schon hervorgehoben:

si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo.

Eine so vage Form, dass sie uns kaum verständlich sein würde ohne den Besitz des von Ulpian hinzugefügten Commentars. Für die Römer freilich wird jene Unbestimmtheit deshalb weniger fühlbar gewesen sein, weil sie, anders als wir, im Besitz des hier in Vergleich zu ziehenden, wesentlich älteren Edicts vom *ager uectigalis* sich befanden¹⁾.

¹⁾ Nach dem Rechte der Pandekten sind *agri uectigales* von Städten in *perpetuum* [unter der Bedingung der richtigen Zahlung des *uectigal*] verpachtete Grundstücke, und zwar mit der Massgabe, dass der Inhaber die Befugniss hat, die Pachtung auf dritte zu übertragen. Den Gegensatz bilden die *agri non uectigales* der Städte, das sind die auf kürzere Zeit nach den gewöhnlichen Regeln der *locatio conductio* verpachteten (Fr. 1 pr. si *ager uectigalis*: Paulus lib. 21 ad edictum). Die Inhaber der *uectigales agri* haben die *in rem actio* (Fr. 1 § 1 cit.).

Die erläuternde Stelle Ulpian's, Fr. 1 § 3 h. tit., lautet:
 Quod ait praetor „si¹⁾ actio de superficie postulabitur,
 causa cognita dabo“ sic intellegendum est, ut, si ad
 tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem
 actio. et sane causa cognita ei, qui non ad modicum
 tempus conduxit superficiem, in rem actio competet.

Dadurch wird zweierlei festgestellt.

Erstens: die causae cognitio befasst sich zunächst mit der Frage: auf wie lange Zeit ist der Miethcontract abgeschlossen? Jede andere Klage als das Interdict wird versagt bei der Miethe auf kurze Zeit. Die Frage, wann ein non modicum tempus vorhanden sei, unterliegt hiernach nicht dem richterlichen, sondern dem Ermessen des Magistrats. Da nun der Prätor im Edict erklärt, dass er die Sache causa cognita an den iudex abgeben wolle, so wird er, wenn ihm die vom Kläger behauptete Pachtzeit zu kurz erschien, die Klage so-

Dieselbe Klage wird in Fr. 3 (Paulus lib. 21 ad edictum) demjenigen eingeräumt, der nur „ad tempus“ von der Stadt gepachtet hat: es wird mithin die in rem actio auch bei agri non uectigales für statthaft erklärt. a) Lenel (Edict S. 147) nimmt an, dass darin eine spätere Ausdehnung der ursprünglich auf die uectigales agri beschränkten in rem actio zu erkennen sei. Das ist allerdings wahrscheinlich. b) Manche, z. B. Pothier, können sich nicht entschliessen, Fr. 3 so zu verstehen, wie es lautet, sie wollen daher durch eine restrictive Interpretation des Ausdrucks in Fr. 3 „ad tempus“ die in rem actio nur demjenigen zuerkennen, der „ad longum“ oder „non ad modicum tempus“ von der Stadt gepachtet hat. Das verstösst gegen die Basiliken, welche die entscheidenden Worte durch „*πρόσκαιρον*“ übertragen. Das verstösst ferner nicht bloss gegen den allgemeinen römischen Sprachgebrauch von „ad tempus“ [Cicero, de amicitia 15; Lilius 23, 48 und Dukerus ad h. l.], sondern auch gegen den besonderen der römischen Juristen; denn gerade bei der verwandten in rem actio der superficies braucht Ulpian in Fr. 1 § 3 den Ausdruck „ad tempus“ gleich „ad modicum tempus“. c) Demnach liegt die Sache so: die in rem actio steht einem jeden zu, der ein Grundstück von der Stadt gepachtet hat: und er hat dieselbe ohne causae cognitio. Wie früher der Staat, so sind die Städte thatsächlich der Last überhoben, für ihre mit selbstständigem Klagrecht versehenen Grundstückspächter einstehen zu müssen. Die wesentlich unbedeutendere superficies wird dagegen nicht so frei behandelt.

¹⁾ Ulpian lässt hier die Worte „qua alia“ weg, weil es ihm auf dieselben nicht ankam.

fort verweigert, andernfalls aber den iudex in der formula actionis angewiesen haben, zu prüfen, ob die Pachtung in Wahrheit auf die vom Kläger behauptete und vom Gegner bestrittene Zeit abgeschlossen sei.

Zweitens: dem magistratischen Ermessen ist ferner die Entscheidung darüber überlassen, welche actiones, ausser dem Interdict, dem Superficiar einzuräumen seien. Dass an der Spitze derselben eine in rem actio stehe, sagt Ulpian ausdrücklich¹⁾, und in der That entscheidet die Natur dieser Hauptklage²⁾ über die Zulässigkeit aller anderen.

II. Welcher Art die in rem actio sei, darüber fehlt eine besondere Mittheilung. Dieselbe wird jedoch wiederholt als utilis actio bezeichnet³⁾ und es erhellt, dass es die rei vindicatio sei, nach deren Muster sie gebildet wird. Dafür spricht Fr. 1 § 4 h. tit.⁴⁾, denn hier ist gesagt, der dominus fundi bedürfe diese utilis nicht, weil er die directa habe; dafür spricht ferner die Einreihung derselben in den Titel de rei vindicatione⁵⁾ und endlich die ganze Behandlung der Sache.

Da aus ihr eine in factum concepta exceptio gebildet werden kann⁶⁾, so scheint der Schluss gerechtfertigt, dass die actio selber in factum concipirt sei⁷⁾. Ihre Formulirung

¹⁾ Fr. 1 § 3. 6 h. tit.; er wiederholt es in Fr. 73, Fr. 75 de rei vindicatione: „superficiario praetor causa cognita in rem actionem pollicetur“. — ²⁾ Die materiellen Vortheile der in rem actio für den conductor zeigen sich vorzugsweise in zwei Punkten: a) wenn ihm die Ausübung seines Rechts durch dritte vereitelt wird, so kann er, von dem locator unabhängig, sich selber Recht verschaffen; b) der locator kann ihm die Ausübung seines Rechts durch Uebertragung des Grundstückseigenthums an einen anderen nicht mehr unmöglich machen. — ³⁾ Fr. 1 § 4 h. t. (Ulpianus); Fr. 2 § 3 de operis noui nuntiatione (Iulianus); cfr. Fr. 16 § 2 de pignoratitia actione. — ⁴⁾ — is autem, in cuius solo superficies est, utique non indiget utili actione, sed habet in rem, qualem habet de solo. — ⁵⁾ Fr. 73 § 1 — Fr. 75 de rei vindicatione. — Die Einfügung ist so geartet, dass die besprochene in rem actio dem unbefangenen Blick als ein besonderer Fall der rei vindicatio erscheinen muss. — ⁶⁾ Fr. 1 § 4 h. tit. — ⁷⁾ Es gibt zweifellos utiles in factum actiones: Fr. 2 § 2 de pactis dotalibus; das dabei obwaltende Verhältniss ist folgendes. Jede utilis actio setzt das Dasein einer edict-sässigen formula voraus (einerlei, ob sie auf ciuile oder auf praetorium ius gegründet sei), und zwar einer solchen, welche ihrer Fassung nach auf den gegebenen Fall nicht passend, nach aequum ius dennoch auf

wird uns nirgends mitgetheilt. Savigny ¹⁾ gibt ihr folgende Fassung:

Si paret, Am Am superficiem in perpetuum [in annos triginta] conduxisse rel. ²⁾).

Bedenkt man dabei, dass es sich um ein dingliches Recht handelt, welches nicht in Folge der locatio conductio schlecht-hin, sondern nur in dem Fall entsteht, wenn der Eigenthümer der Verpächter ist, und erinnert man sich, dass selbst das interdictum de loco publico fruendo nur demjenigen zusteht, welcher gepachtet hat von dem „cui locandi ius fuit“, so wird man geneigt sein, der Formel der in rem actio, in wesentlicher Unterscheidung von dem Interdict, folgende Fassung zu geben:

Si paret, Am Am superficiem, qua de agitur, a domino fundi in perpetuum conduxisse rel.

Bei dem successor conductoris wird weiter folgende Fassung erforderlich erscheinen:

Si paret, Lucium superficiem, qua de agitur, a domino fundi in perpetuum conduxisse, Aulumque in Lucii locum successisse rel. ³⁾).

III. Wie ist der Gegenstand beschaffen, welchen diese prätorische actio ergreift? Eigenthum und Sachbesitz erfassen nur folgeweise die superficies, d. h. weil sie Theil des

denselben anzuwenden ist. Die Erstreckung erfolgt auf doppelte Weise. Zumeist genügt es, die vorhandene formula durch kleine Aenderung zu erweitern [auf dem Wege der Fiction erfolgt die Erweiterung nur, wenn die ursprüngliche formula eine in ius concepta ist]: utilis actio in gewöhnlichem Sinne. Wo die Ausdehnung in der angegebenen Form nicht thunlich erscheint, wird zwar das materielle Princip der Musterklage ebenfalls festgehalten, aber die Formulirung erfolgt unabhängig von jener: utilis in factum actio.

¹⁾ Savigny, System, Bd. 5 S. 81. Ihm folgt Bethmann-Hollweg, Civilprocess, Bd. 2 S. 146. — ²⁾ Für den ursprünglichen Fall scheint auch folgende Fassung nahe zu liegen: „Si paret Am Am fundum capenatem, ut insulam ibi aedificaret, in perpetuum a domino conduxisse neque ea superficies rel. — ³⁾ Lenel, Edict S. 146. 183, formulirt, offenbar um diesen Fall in die ursprüngliche Formel mit einzuschliessen: „Si paret, Am superficiem in perpetuum conductam habere“: aber ich meine, diese Fassung würde den Beklagten verpflichten, dem Kläger herauszugeben, was dieser Kläger zur Zeit der Klagerhebung hat: Fr. 1 § 19. 21. 23 de fluminibus.

Bodens ist: bindet sich auch der Prätor daran für seine in rem actio?

Bedenkt man, dass die Veranlassung für diese Neubildung lediglich in der Errichtung des Gebäudes liegt, insbesondere in Erwägung, dass es ein Gebot der *aequitas* sei, dem Erbauer und seinem Nachfolger ein Recht an demjenigen zu gewähren, was seine Hände mit Zustimmung des Eigentümers auf fremdem Boden geschaffen, nicht aber ein darüber hinausgehendes Recht: so wird man es vollkommen begreiflich finden, wenn der Prätor das Recht lediglich am Gebäude ohne den Boden gewährt, um die anderweitige enge Auffassung des bestehenden Rechts unbekümmert. Dass er das thue, ergibt sich aus dem Edict selber. Da der Prätor erklärt „*si qua alia actio de superficie postulabitur*“, also „*de superficie*“ und nicht „*de aedibus*“: so ist der Gegenstand hier derselbe wie bei dem Interdict: also das Gebäude ohne den Boden. Demgemäss heisst der Berechtigte „*superficiarius*¹⁾ und hat er nach der Auffassung der römischen Juristen ausschliesslich ein Recht am Gebäude, während der Boden einem anderen gehört²⁾. Gerade in diesem Sinne wird das Recht, welches dem Adrast an der *canaba* zustehen soll, bezeichnet als „*a solo sui iuris*“³⁾. Wer endlich die Möglichkeit des superficiarischen Rechts an einem einzelnen Stockwerk anerkennt⁴⁾, der sagt meines Erachtens stillschweigend, dass ein Recht am Boden nicht dazu gehöre⁵⁾.

¹⁾ Fr. 73 § 1, Fr. 74 de rei vindicatione; Fr. 9 § 4, Fr. 13 § 8, Fr. 18 § 4, Fr. 19 pr. de damno infecto. — ²⁾ Fr. 9 § 4 cit. (Ulpianus): Quaesitum est, si solum sit alterius, superficies alterius, superficiarius rel. — ³⁾ Mommsen (Savignys Zeitschrift, Bd. 15 S. 337) legt die Worte „*quibus [sc. litteris] ei permissum sit aedificare loco canabae a solo [aedificium] iuris sui*“ anders, nämlich dahin aus: „einen Pavillon von Grund aus zu bauen“. Er verbindet also *a solo* mit *aedificare*. Aber kann man ein *aedificium* anders erbauen als *a solo*? — ⁴⁾ Jene Anerkennung findet sich bei Degenkolb, S. 53. Wie sich damit sein anderweitiger Ausspruch (S. 45), dass es verkehrt sei, „die locatio auf das *solum*, das dingliche Recht aber nur auf die *superficies* zu beziehen“, in Einklang bringen lasse, ist mir nicht deutlich geworden. — ⁵⁾ Wenn der Gegenstand des Rechts die *superficies* bildet ohne das *solum*, so wird die Bezeichnung „Platzrecht“ schwerlich eine angemessene Uebertragung in unsere Sprache sein. Wo wir es mit

IV. Ist das solarium wesentlich für das Dasein der superficies?

Von der Wesentlichkeit desselben geht die römische Jurisprudenz überall aus.

In der Definition des superficiarius wird das solarium als besonderes Erforderniss hervorgehoben.

Fr. 74 de rei vindicatione (Paulus).

Id est qui in alieno solo superficiem ita habet, ut certam pensionem praestet.

Ferner wird das Dasein des solarium stets vorausgesetzt, wo es von rechtlicher Bedeutung sein kann. So bestimmen die Kaiser Severus und Antoninus, dass die Verpfändung der superficies nur erfolge ohne Verkümmern des solarium¹⁾, und offenbar im Zusammenhang mit dieser Bestimmung bemerkt Paulus, dass der dominus soli des solarium wegen den Vorzug habe vor diesem Pfand²⁾. So gibt ferner derselbe Jurist neben dem superficiarius auch dem dominus soli das Anrecht auf die cautio damni infecti, und zwar nicht etwa auf Grund seines formalen Eigenthums am Gebäude, sondern deshalb, weil ihm durch Zerstörung des Hauses der Bodenzins verloren gehe³⁾.

römischem Recht zu thun haben (anders in einem deutschen Gesetzbuch), ist es meines Erachtens gerathen, die römische Bezeichnung nur da zu verlassen, wo wir vollkommen entsprechende deutsche Ausdrücke besitzen.

¹⁾ Fr. 17 de pignoratitia actione (Marcianus): Sane, ut diui Severus et Antoninus rescribserunt, sine diminutione mercedis soli obligabitur. So die Vulgata, während die Florentina das „ut“ erst nach „rescribserunt“ bringt. Wahrscheinlich hatte der Schreiber des Manuscripts, welches der Florentina zu Grunde lag, das kleine Wort übersehen und es deshalb nachträglich an den Rand geschrieben; sein Nachfolger fügte es beim Copiren an falscher Stelle in den Text. —

²⁾ Fr. 16 qui potiores (Paulus): Etiam superficies in alieno solo posita pignori dari potest, ita tamen ut prior causa sit domini soli, si non solvatur ei solarium. Das wird kaum anders denkbar sein als in Form eines, die erste Stelle einnehmenden gesetzlichen Pfandrechts, zustehend dem dominus fundi an der superficies, welche nach prätorischer Anschauung einem andern rechtlich gehört als dem Eigenthümer. —

³⁾ Fr. 39 § 2 de damno infecto (Pomponius): — et nihilo minus domino soli utilis est [sc. damni infecti stipulatio], si solo damnum datum fuerit, ut tota superficies tolleretur: fraudabitur enim dominus in pensione percipienda.

Der entscheidende Punkt ist meines Dafürhaltens folgender. Ein von der römischen Jurisprudenz anerkanntes natürliches Princip lautet: der Inhalt des Eigenthums darf durch ein *ius in re aliena* niemals vollkommen aufgezehrt werden¹⁾. Auf Grund dieses Satzes bezweifelten die römischen Juristen die Zulässigkeit des Niessbrauchs bei der juristischen Person, in einer vermittelnden Entscheidung Hilfesuchend²⁾. Dagegen hat man an dem Rechte der *Emphyteusis* und der *Superficies* von Seiten der römischen Jurisprudenz unseres Wissens niemals Anstoss genommen, trotz ihrer möglichen Unvergänglichkeit und trotz des Umstandes, dass sie in das Eigenthum in wesentlich tieferer Weise eingreifen als das erstgenannte Recht. Das hat darin seinen Grund, dass der *dominus fundi* bei diesen Rechten im Genuss des Grundstücks sich befindet, nur nicht unmittelbar, sondern mittelbar durch den Pachtzins, welchen er bezieht.

Wenn demnach daran festzuhalten ist, dass zum Begriff des superficiarischen Rechts das *solarium* als wesentlich gehöre, so erscheint der Satz Degenkolbs³⁾ unabweisbar, wonach bei einer jeden Begründungsform, welchen Namen sie immer führen möge, das für das superficiarische Recht massgebende Element in der *locatio conductio* zu erkennen ist. Ein gering angesetztes *solarium* vorausgesetzt, kann das begründende Geschäft *uenditio*⁴⁾, *legatum*, *donatio*⁵⁾ sein. Da-

¹⁾ Fr. 3 § 2 de usufructu (Gaius): Ne tamen in uniuersum inutiles essent proprietates semper abscedente usu fructu, placuit certis modis extinguere usum fructum et ad proprietatem reuerti. — ²⁾ Aus Fr. 50 eod. tit. (Gaius) erhellt, dass hier der gleiche Gesichtspunkt, wie er in der Stelle der vorigen Note ausgesprochen ist, obwaltete und dass die Jurisprudenz das Bedenken beseitigte durch Beschränkung eines derartigen Niessbrauchs auf hundert Jahre. — ³⁾ A. a. O. S. 29 ff. — ⁴⁾ Die Möglichkeit der Begründung durch *uenditio* wird erwiesen durch Fr. 1 § 1 h. tit.; warum Degenkolb S. 37 annimmt, Ulpian fasse hier die *uenditio* nicht als Realität auf, ist mir nicht klar. — ⁵⁾ Fr. 1 § 7 gedenkt der *donatio* und des *legatum*. Nun ist es allerdings durchaus wahrscheinlich (vgl. Degenkolb a. a. O. und die daselbst Citirten), dass hier, wie in dem vorhergehenden Paragraphen, lediglich von der Uebertragung des vorhandenen Rechts auf einen anderen gehandelt werde; die Möglichkeit der Begründung des superficiarischen Rechts in diesen Formen bedarf jedoch keines besonderen Beweises.

mit stimmt, dass die Quellen überall von der *locatio conductio* ausgehen, und daraus folgt, dass sowohl die Formel des Interdicts wie die der *in rem actio* mit der Hervorhebung dieses Contracts ausreichen, möge die Begründungsform gewesen sein welche sie wolle.

V. Ist dadurch, dass der Prätor auf Grund der *locatio in non modicum tempus* die *in rem actio* gewährte, der rechtliche Charakter jenes Contracts geändert worden? Das behauptet Wächter und zieht daraus die wichtige Consequenz, dass die Grundsätze desselben auf die superficies nicht anzuwenden seien ¹⁾).

Nun aber hat Gaius — also ein Jurist, welchem die *in rem actio* vollständig bekannt war — die oben erwähnte Definition von *superficiariae aedes* so gefasst, dass sie die *locatio conductio* in den Begriff aufnimmt. Das Interdict stützt sich auf die *locatio conductio* und ebendieselbe bildet die edictmässige Voraussetzung für die *in rem actio*. Ulpian lässt, wie erwähnt, den Superficiar sagen: „*Mouet quod quasi inquilinus sum*“. Endlich geht Paulus als von einem unzweifelhaften Satze davon aus, dass *dominus* und *superficiarius* die *actio locati* und die *actio conducti* widereinander anzustellen berechtigt sind ²⁾. Dass Prätor und Jurisprudenz unter dieser, dem *ciuile ius* entsprungenen Bezeichnung hier

¹⁾ Wächter a. a. O. § 9 vertheidigt in der Hauptsache Folgendes:

a) „Nicht jeder Miethcontract auf *non modicum tempus* gehöre hierher (denn das gehe über den Privatwillen weit hinaus), vielmehr nur derjenige, welcher mit dem Willen abgeschlossen werde, ein dingliches Recht zu begründen; daher sei dieser Vertrag von dem Miethvertrag wesentlich verschieden“. Davon wissen die Quellen nichts, sie geben die *in rem actio* einem jeden, der *non ad modicum tempus* gemiethet hat, ohne jedes weitere Erforderniss. Nicht aus dem Parteiwillen geht die dingliche Klage hervor, sondern der Prätor knüpft die Klage an den auf Begründung eines Forderungsrechts gerichteten Willen der Parteien, weil er den vom *ciuile ius* gesetzten Schutz des Forderungsrechts in dem besonderen Fall nicht für ausreichend erachtet. — b) Wächter folgert weiter: weil keine eigentliche *locatio conductio* vorliege, deshalb habe das *solarium* nicht den Charakter des Miethgeldes; deshalb bleibe ferner der Rechtssatz ausser Anwendung, wonach dem *locator* bei lange ausbleibender Zahlung der *merces* die Befugniss der Austreibung zusteht. — ²⁾ Fr. 18 § 4 de *damno infecto*.

etwas anderes verstanden haben sollten als das civile ius, ist ohne besonderen Nachweis meines Erachtens unglaublich¹⁾.

Wenn also eine wahre locatio conductio vorliegt, so sind auch die rechtlichen Grundsätze derselben insoweit anzuwenden, als sie sich mit der Natur der in rem actio vertragen.

a) Das solarium ist nichts anderes als der Miethzins, dessen römische Bezeichnungen es ebenfalls führt.

b) Die Pflicht, dasselbe zu zahlen, erlöscht, wie bei der Hausmiethe, mit dem Untergang des Hauses²⁾.

c) Da der dominus locator ist, so muss ihm, wie jedem anderen locator, das Recht zustehen, bei Nichtentrichtung des Zinses innerhalb zweier Jahre den Contract zu lösen. Die in rem actio des conductor steht jener Befugniss ebenso wenig im Wege, als das bei der Emphyteuse im Princip der Fall war³⁾. Ja, die positive Verwerfung dieser Befugniss würde vielmehr hier als eine legislativ ungerechtfertigte Massregel erscheinen; denn gerade einerseits durch das Vorzugsrecht an der superficies des solarium wegen⁴⁾, andererseits durch dieses Privationsrecht wird die Schwierigkeit gelöst, in welcher Art die Leistung des Zinses an der Singularsuccessor zu erzwingen sei⁵⁾.

Aehnliche Bedenken scheinen mir einer anderweitigen neueren Auffassung entgegenzustehen. Pernice in seiner interessanten Abhandlung über die Beziehungen des öffent-

¹⁾ Die Wächtersche Auffassung fand sich, wie oben zu bemerken war, schon bei einem Theil der römischen Juristen, wenn auch nicht mit der Wächterschen Begründung. Sie wurde jedoch schon zu Gaius' Zeit von der Mehrheit der Juristen verworfen und es ist die Auffassung des begründenden Vertrags als locatio conductio im justinianischen Recht zweifellos festgehalten worden. — ²⁾ Das wird von Pomponius vorausgesetzt in Fr. 39 § 2 de damno infecto. — ³⁾ Das Austreibungsrecht des dominus wurde zwar von den Besitzern der Emphyteusen bestritten, ihrer Meliorationen wegen, allein Kaiser Justinian erkannte es ausdrücklich an, lediglich insofern eine Milderung zulassend, als er im allgemeinen dreijährige Nichtzahlung voraussetzt und nur zu Gunsten der Kirchen nachträglich auf das alte biennium zurückkommt: C. 2 de iure emphyteutico; Nou. 7 cap. 3 § 2. — ⁴⁾ S. S. 153 Anm. 1. 2. — ⁵⁾ Die entgegengesetzte Ansicht führt zu dem Resultat, dass wegen Nichtentrichtung des Zinses zwar derjenige Erbauer des Hauses ausgetrieben werden kann, der den Boden auf kurze Zeit gemiethet hat, nicht aber wer auf lange Zeit miethete.

lichen römischen Rechts zum Privatrecht¹⁾ glaubt die superficies, wie sie der Prätor zum dinglichen Rechte gestaltet hat, den von den Römern entwickelten Reallasten beizählen zu können. Er geht von der anerkannten Thatsache aus, dass das Institut seinen Ursprung in der öffentlichen Location habe und deshalb von dem Magistrat nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechts durch *pignoris capio* und *multae dictio* zu verfolgen war. Als die superficies in das Privatrecht übernommen wurde, habe sie den Charakter der Grundlast auch auf diesem Gebiete behalten. Das Natürliche scheint mir zu sein, dass die *locatio loci publici* nach den Grundsätzen des öffentlichen, die *locatio loci priuati* nach denen des Privatrechts zu behandeln war: und damit dürften die Quellen übereinstimmen.

VI. Der Prätor gibt hier, wie da, wo er schöpferisch ist gewöhnlich, gemäss seiner amtlichen Stellung lediglich *actio*; erst die Jurisprudenz übersetzt das in prätorisches Recht²⁾. Die besondere Charakterisirung eines derartigen Rechts ergibt sich in der Regel aus der Natur der vom Prätor gewählten Klage, so z. B. begründet die *utilis confessoria* eine *tuitio praetoria constituta seruitus*³⁾. In gleicher Weise entsteht da, wo der Prätor *utilis rei vindicatio* einräumt, in der Regel prätorisches Eigenthum. Aber das geschieht doch nur dann, wenn die Absicht des Magistrats dahin geht, dass die *actio* den vollen Eigenthumsinhalt in sich aufnehme⁴⁾. Dass diese Absicht keineswegs in allen Fällen bestehe, dafür liefern *ager uectigalis* und *superficies* den Beweis. Was insbesondere die letztere betrifft, so hat der Besteller derselben, trotz der dem Superficiar gewährten *utilis rei vindicatio*, auch nach prätorischer Auffassung das alleinige Eigenthum am Boden und

¹⁾ *Parerga* II S. 90 ff. — ²⁾ Dieser Zusammenhang tritt besonders deutlich hervor, wenn es in *Fr. 1 § 6 h. tit.* (Ulpianus) heisst: *et usum fructum siue usum quendam eius esse et constitui posse per utiles actiones credendum est.* — ³⁾ *Fr. 1 pr. quibus modis usus fructus*; *Fr. 9 § 1 usufructuarius quemadmodum*; *Fr. 1 § 9 de superficibus.* Bekkers Jahrbuch Bd. 3 S. 267. — ⁴⁾ Neben dem wenig bestimmten Ausdruck „*res est in bonis alicuius*“ tritt in der classischen Zeit der Name „*dominium*“ ungeschent hervor; insbesondere Gaius 2, 40 bezeichnet das „*in bonis esse*“ als eine zweite Art des *dominium*.

folgeweise an der superficies, und zwar in der Weise, dass die rei vindicatio, insoweit sie das Eigenthum vertritt, allein ihm und selbst gegen den Superficiar zusteht¹⁾, und ebenso hat nur er die possessio aedium²⁾. Daraus ergibt sich von selbst, dass das superficiarisches Recht trotz der daraus folgenden Klage nichts anderes sei, als was wir ein ius in re aliena zu nennen pflegen, also dasjenige Recht an der Sache, welches das Eigenthum eines anderen anerkennt. Damit stimmen die Quellen. So sagt Ulpian von denjenigen, welche ihre auf öffentlichem Boden stehenden tabernae verkaufen, „non solum sed ius uendunt“³⁾. Adrast beschreibt, wie wir gesehen haben, sein Recht durch die Worte „a solo sui iuris“. Gaius spricht bei Gelegenheit der cautio damni infecti vom Superficiar als von einem „qui ius in ea re habet“, gleich dem Pfandgläubiger und dem Usufructuar⁴⁾, und endlich Julian trägt kein Bedenken, das Recht der superficies geradezu als seruitus zu bezeichnen⁵⁾. Darin liegt die rechtliche Gebundenheit des Eigenthums durch das prätorische Recht des anderen.

Aber warum wählte der Prätor, wo es sich um die Begründung eines in das Nutzungsrecht des Eigenthümers eingreifenden ius in re aliena handelt, das Muster der rei vindicatio und nicht das anscheinend näher liegende der confessoria in rem actio?

Da bei der locatio conductio ein der Person zustehendes Recht in Frage steht, so würde durch die letztere Klage zum massgebenden Muster der ususfructus geworden sein. Nun aber ist dieser, weil an eine bestimmte Person gebunden, weder vererblich noch veräusserlich und erlöscht deshalb nicht bloss durch den Tod, sondern auch durch capitis deminutio; desgleichen, weil auch Gebundenheit an das Sachindividuum vorliegt, geht er unter mit dem Untergang des Hauses, dabei jedes Recht der Veränderung ausschliessend; endlich, weil von der Jurisprudenz als ein nicht zu begünstigender Eingriff in das Eigenthum angesehen, erlöscht er durch non usus. Da-

¹⁾ Fr. 1 § 4 de superficiebus. — ²⁾ Fr. 3 § 7 uti possidetis. —

³⁾ Fr. 32 de contrahenda emptione. — ⁴⁾ Fr. 19 de damno infecto; cfr. Fr. 30 de noxalibus actionibus. — ⁵⁾ Fr. 46 § 1 de legatis I. Bekkers Jahrbuch Bd. 3 S. 249.

gegen ist die *locatio conductio fundi* an das Individuum des Miethers nicht gebunden, die obigen Erlöschungsgründe finden bei ihr keine Anwendung, sie ist vielmehr vererblich, lässt *sublocatio* zu und überdies erscheint es, wo das Gebäude den *conductor* zum Urheber hat, in der Ordnung, dass diesem auch das Recht der Veränderung zustehe. Kurz, dieser *Contract* gewährt dem Inhaber eine derartige Freiheit, dass auf dem Gebiete des dinglichen Rechts lediglich das Eigenthum eine zutreffende Analogie darbietet: nichts wies daher auf die *confessoria* hin, alles auf die *rei vindicatio*.

Daraus folgt:

a) weil die superficies ein prätorisches *ius in re aliena*, deshalb gilt für sie die Analogie der Servituten;

b) weil die aus jener hervorgehende Klage nicht die *utilis confessoria*, sondern die *utilis rei vindicatio* ist, deshalb gilt gleichzeitig für sie die Analogie des Eigenthums.

Diese Doppelnatur hat nicht, wie man besorgen möchte, zu einer unklaren Vermischung zweier Principien geführt, vielmehr zu einem in der Hauptsache einleuchtenden und praktisch angemessenen Resultat.

VII. Die Natur des *ius in re aliena* tritt wesentlich in folgenden Punkten hervor.

Zuerst für die Form der Begründung gibt das Edict selber die hierher gehörige Anweisung. Wenn nämlich dasselbe erklärt, dass die dingliche Klage *causa cognita* ertheilt werden soll, und wenn die *causae cognitio* sich lediglich der Frage zuwendet, auf wie lange Zeit gemiethet worden sei: so knüpft es jene *actio* — und mithin das dingliche Recht — nicht etwa an die *traditio*¹⁾, auch nicht, wie das Interdict, an das „*frui*“ auf Grund des Miethcontracts, sondern unmittelbar an den Abschluss des Contracts selber. Daraus folgt: das prätorische Edict behandelte die Begründung dieses

¹⁾ Natürlich kann überhaupt nur von *iuris quasi traditio* die Rede sein. Da nun Gaius zwar das superficiarisches Recht kennt, nicht aber die *quasi traditio* (2, 28), so ergibt sich, dass zur Zeit der Entstehung des superficiarischen Edicts an die letztere überhaupt nicht zu denken ist. Nachdem der Begriff der *quasi traditio*, im zweiten Jahrhundert von Iavolenus erfunden, praktische Anerkennung erlangt hatte, stand der Anwendung desselben auf die superficies nichts im Wege.

dinglichen Rechts nicht nach Analogie des prätorischen Eigenthums, sondern gleich den prätorischen Servituten. Ueberhaupt aber wird es prätorisches Princip sein: zwar zur Bestellung des obersten Rechts an der Sache, also des Eigenthums, gehört unter Lebenden Besitzesübertragung: dagegen für die Begründung aller *iura in re aliena* genügt die Form des Vertrags.

Wer weiter die Möglichkeit der Ersitzung des superficiarischen Rechts annimmt — und ich neige zu dieser Annahme —, der hat nach diesen Vorgängen nicht die Ersitzung des Eigenthums, sondern die der Servituten als Muster anzuerkennen.

Ein zweiter Punkt, bei welchem die Natur des *ius in re aliena* sich herauskehrt, liegt, wie schon zu berühren war, auf dem Gebiete des Besitzes. Zwar sprechen die wenigen hierher gehörigen Quellenstellen von *possessio* und *traditio*¹⁾, aber sie gehören solchen Schriftstellern an, welche, die alte Schärfe der Bezeichnung fallen lassend, unter dem Worte *possessio* beides verstehen, den eigentlichen und den uneigentlichen Besitz²⁾. Da nun der Besitzer des Bodens ganz zweifellos auch an der *superficies* den eigentlichen Besitz hat, so folgt von selber, dass der Inhaber des superficiarischen Rechts nichts haben könne als *iuris quasi possessio*.

VIII. Während die Entstehung des superficiarischen Rechts nach dem Muster der *iura in re* beurtheilt wird, folgt das entstandene Recht im allgemeinen dem Muster des Eigenthums.

1) Für die Auslegung der „*aliae actiones*“ des Edicts ging die römische Jurisprudenz davon aus, dass demjenigen, welchem die principale Eigenthumsklage zugestanden wird, consequenterweise auch alle anderen aus dem Eigenthum hervorgehenden Klagen zu gewähren seien³⁾. Dabei ergibt sich einmal, dass auch sie nur *causa cognita* ertheilt werden: denn

¹⁾ a) *Possessio*: Fr. 1 § 1. 2 h. tit. (Ulpianus); Fr. 13 § 3 de *pignoribus* (Marcellus). b) *Traditio*: Fr. 1 § 7 h. tit.; Fr. 12 § 3 cit. Vgl. Fr. 12 § 2. 3 de *publiciana* (Paulus). — ²⁾ So namentlich Ulpian: Bekkers Jahrbuch a. a. O. S. 257. — ³⁾ In Fr. 3 § 3 de *operis novi nuntiatione* leitet Ulpian die *confessoria* und die *operis novi nuntiatio* des Superficiars aus der *in rem actio* desselben als eine selbstverständliche Folge ab.

sie beruhen auf dem zweiten Satz des Edicts; sodann dass sie, gleich der in rem actio, im allgemeinen als utiles actiones zu gestalten sind¹⁾.

Im einzelnen sind hervorzuheben: die confessoria aus den der superficies zustehenden Servituten²⁾, von den Theilungsklagen die actio communi diuidundo³⁾ und die familiae erciscundae⁴⁾, endlich von den prätorischen Klagen die Publiciana in rem actio⁵⁾ und das interdictum de ui⁶⁾.

2) Daraus, dass dem Superficiar die Klagen des Eigentümers utiliter zustehen, wird weiter gefolgert, dass ihm überhaupt die Rechte desselben einzuräumen seien⁷⁾. Er

¹⁾ Das wird z. B. hervorgehoben in Fr. 1 § 6. 8. 9 h. tit. — ²⁾ Fr. 3 § 3 in Anm. 3 der S. 160. Vgl. Fr. 1 § 9 h. tit. — ³⁾ Fr. 1 § 8 h. tit. — ⁴⁾ Fr. 8, Fr. 10 familiae erciscundae. — ⁵⁾ Fr. 12 § 3 de Publiciana in rem actione (Paulus): Idem est [sc. Publiciana competit] et si superficiariam insulam a non domino emero. Wer ist dieser „non dominus“? Man hat den Ausdruck auf den verkaufenden Superficiar beschränken wollen: dann wäre statt einer gesuchten Bezeichnung einfach „a superficiario“ zu erwarten. Jeder Superficiar ist „non dominus“, aber nicht jeder „non dominus“ ist Superficiar. — ⁶⁾ Fr. 1 § 4. 5 de ui (Ulpianus): — — Proinde et si superficiaria insula fuerit, qua quis deiectus est, interdicto fore locum. — Der Jurist redet hier so, als ob dem Superficiar das Interdict als ein directum zustehe. Dem widerspricht, dass nicht dieser den eigentlichen Besitz hat, sondern der dominus. Da die Person des Klagberechtigten nicht besonders bezeichnet ist, so könnte man die Stelle dahin verstehen, durch die Austreibung des Superficiars sei der dominus deieciert und es habe mithin dieser das Interdict. Da ich derartige Interpretationen nicht für gerechtfertigt halte, so bin ich der Meinung, dass auch hier nichts vorliege als ein ungenauer Ausdruck der späteren Zeit. In ähnlicher Weise spricht Paulus in Fr. 9 § 1 de ui von einem „deiectus ab usufructu“, obgleich er recht wohl weiss, dass das nicht edictmässig genau sei. — ⁷⁾ Fr. 16 de pignoratitia actione (Paulus): Etiam uestigale praedium pignori dari potest: sed et superficiarium, quia hodie utiles actiones superficiariis dantur. — Nicht in der Gewähr der utiles actiones im allgemeinen, sondern in der Zuständigkeit der in rem actio findet den Grund Ulpian in Fr. 1 § 6 h. tit.: quia autem etiam in rem actio de superficie dabitur, petitori quoque in superficiem dari et quasi usum fructum siue usum quendam eius esse et constitui posse per utiles actiones credendum est. — Klar ist, dass hier zunächst auf die Möglichkeit der Verpfändung hingewiesen werden soll; ebenso, dass die betreffenden Worte eine Corruptel enthalten. Man hat anstatt des unhaltbaren „petitori“ von der einen Seite „pignori“ vorgeschlagen, von der anderen „creditori“. Ich halte die erste Vermuthung für wesentlich

kann daher einerseits der Superficies Servituten erwerben¹⁾, andererseits sie verpfänden²⁾ und mit Servituten belasten³⁾ und sie veräussern durch Verkauf⁴⁾, Schenkung, Legat⁵⁾. Er hat ferner die Befugniß, ihretwegen dem Nachbar operis noui nuntiatio zugehen zu lassen⁶⁾. Ob er auch cautio damni infecti verlangen könne, war zwar, wie in anderen Fällen, Gegenstand des Zweifels, wurde jedoch schliesslich im bejahenden Sinne entschieden⁷⁾.

näher liegend; sie führt weiter zur Streichung des nachfolgenden „in“, als einer in Folge des falschen „petitori“ vorgenommenen Einschlebung, nicht aber zu dem gekünstelten und unnützen „insuper“. [Pothier sucht den Text zu retten durch Gegenüberstellung der actio de superficie und der actio in superficiem.] Das „constitui posse per utiles actiones“ steht gleich der tutione praetoria constituta seruitus.

¹⁾ Hierauf wird sich Fr. 1 § 9 h. tit. beziehen; denn von der Belastung mit Servituten ist schon in § 6 die Rede. [Unter dem in § 9 erwähnten interdictum, welches im Singular den utiles actiones an die Seite gestellt ist, wird das sachgemäss accommodirte interdictum de superficie zu verstehen sein.] Im übrigen kann es kaum zweifelhaft sein, dass wer die Sache mit Servituten belasten kann, dieser auch Servituten müsse erwerben können. — ²⁾ Fr. 1 § 6 in S. 160 Anm. 7; Fr. 13 § 2 de pignoribus (Marcianus); Fr. 15 qui potiores (Paulus); Fr. 6 § 2 (Paulus), Fr. 17 (Marcianus) de pignoratitia actione. — ³⁾ Fr. 1 pr. quibus modis ususfructus (Ulpianus): Non solum usumfructum amitti capitis minutione constat, sed et actionem de usufructu [der Untergang durch capitis deminutio erfolgt auch da, wo im strengen Sinne kein ususfructus vorhanden ist, sondern lediglich auf Grund des prätorischen Rechts die actio de usu fructu, woraus ein quasi ususfructus allenfalls hervorgeht, Fr. 1 § 6: S. 160 Anm. 7], et parui refert, utrum iure sit constitutus usus fructus an tutione praetoria [Erläuterung des vorhergehenden Satzes]: proinde traditus quoque usus fructus, item in fundo uectigali uel superficie non iure constitutus capitis minutione amittitur. Fr. 1 § 6 h. tit. — ⁴⁾ Fr. 32 de contrahenda emptione (Ulpianus); Fr. 12 § 2. 3 de publiciana (Paulus). Vgl. § 3 I. de locatione et conductione. Dagegen rechne ich nicht hierher Fr. 32 de iure dotium (Pomponius): die hier erwähnte superficies uendita ist das auf Abbruch verkaufte Gebäude. — ⁵⁾ Fr. 1 § 7 h. tit. (vgl. Degenkolb S. 37). — ⁶⁾ Fr. 3 § 3 de operis noui nuntiatione. Ulpian erkennt in dieser Stelle die Berechtigung des Superficiars zur Nuntiation an, gegenüber dem Zweifelsgrund. — ⁷⁾ Paulus in Fr. 18 de damno infecto stellt als Princip auf, die cautio damni infecti stehe demjenigen zu, „cuius in bonis res est“; die Durchführung unterlag jedoch manchen Zweifeln, deren Grund in der Erwägung bestand, ob die Fassung der stipulatio den betreffenden einzelnen Fall mit umfasse: Fr. 11 eod. tit. Was den Superficiar an-

3) Wem die Rechte des Eigenthümers zu Theil werden, der hat nach Recht und Billigkeit auch die Lasten desselben zu übernehmen.

Dem entspricht es, dass der Superficiar seines Gebäudes wegen *cautio damni infecti* zu leisten hat. Für die Art der *Caution* unterscheidet der Prätor durch den Satz „*suo nomine promitti, alieno nomine satisdare iubebo*“¹⁾. Dass hiernach der Eigenthümer lediglich zur *stipulatio* verpflichtet sei, war natürlich stets ausser Zweifel. Die Gleichstellung mit diesem ist zwar anderen von der Jurisprudenz zuerkannt worden, nicht aber, wie es scheint, dem Superficiar²⁾, obgleich die Dinge sichtlich auf Gleichstellung hinwiesen.

Was die Steuern anlangt, so scheint das obige Princip zu einer Scheidung zu führen. Die Grundsteuern nämlich fallen dem Bodeneigenthümer zur Last, insoweit er den Nutzen desselben zieht in Gestalt des *solarium*; dagegen die Häusersteuer muss denjenigen treffen, dem das Haus nach prätorischer Anschauung ohne den Boden gehört, also den Superficiar.

langt, so galt es zu Ulpian's Zeit für ausgemacht (*hodie constat*), dass die Formel der *stipulatio* auf ihn passe: Fr. 13 § 8 (Ulpianus), Fr. 18 § 4 (Paulus), Fr. 39 § 2 (Pomponius) de *damno infecto*.

¹⁾ Fr. 7 pr., Fr. 30 § 1 de *damno infecto*. — ²⁾ Wir begegnen hier, wie anderwärts, einer nicht zum reinen Abschluss gelangten Entwicklung. a) Labeo hält daran fest, „*suo nomine*“ *cavere* nur der Eigenthümer; dagegen meint Ulpian, darunter falle auch „*qui quodam modo de re sua cauet*“. b) Das freiere Princip ist von Ulpian selber durchgeführt, namentlich für den Inhaber einer Prädialservitut: Fr. 13 § 1 [*quia suo nomine id facit, non alieno*], Fr. 30 § 1 [gegen Labeo mit der gleichen Motivirung]; desgleichen für den *bonae fidei possessor*: Fr. 13 pr. [anderen Auffassungen gegenüber „*quia suo nomine id facit, non alieno*“]. c) Dagegen wird das Princip nicht festgehalten von Ulpian selber: α) für den Pfandgläubiger: in Fr. 11 (*libro 53 ad edictum*) erkennt er zwar, dass sich zu Gunsten jenes sagen lasse „*sum ius tuetur*“, dagegen verlangt er in dem demselben 53. Buche entnommenen Fr. 15 § 25 von dem Pfandgläubiger *satisdatio*; β) für den *Usufructuar*; denn in Fr. 9 § 5 (ebenfalls seinem 53. Buche zugehörig) billigt er stillschweigend die *satisdatio* verlangende Ansicht des Celsus und in Fr. 15 § 25 thut er das ausdrücklich; γ) endlich den Superficiar anlangend, so theilt Ulpian in Fr. 9 § 4 den Ausspruch Julians mit, wonach jener *satisdatio* zu leisten hat, stillschweigend beipflichtend, wie in dem folgenden Paragraphen dem Celsus.

IX. Ueber die Gründe, aus denen das superficiarisches Recht erlöscht, bieten die Quellen wenig. Aus der Natur der Sache folgt jedoch, dass hier abermals verschiedene Factoren mitwirken.

a) Weil das superficiarisches ein Recht an der Sache ist, deshalb muss es, wie alle Sachenrechte, untergehen mit dem Untergang der dem Recht unterworfenen Sache ¹⁾. Wenn nun wahr ist, was oben behauptet wurde, dass der Gegenstand des hier fraglichen Rechts die superficies bildet ohne den Boden, so ergibt sich von selber der Untergang des Rechts mit dem der concreten superficies ²⁾.

b) Weil das superficiarisches Recht ein *ius in re aliena* ist, so muss dasselbe dem allgemeinen ³⁾ Grundsatz unterworfen sein, wonach niemand ein solches Recht haben kann an der eigenen Sache.

c) Weil endlich der Superficiar den Charakter des *conductor* keineswegs völlig abstreifte, deshalb hat, wie früher zu entwickeln war, der *dominus* das Recht, den Superficiar als seinen *inquilinus* auszutreiben bei dem Ausbleiben des Miethzinses durch lange Zeit.

¹⁾ Vgl. über diese bestrittene Frage einerseits Degenkolb S. 49, andererseits Wächter S. 116. — ²⁾ Ob der *conductor soli* das Recht habe, an Stelle des beseitigten ein neues Gebäude aufzuführen, ist eine Frage des *Contracts*, welche in der Regel zu bejahen sein wird. An dem Neubau erneuert sich auch das superficiarisches Recht. — ³⁾ Der Satz ist in der Form „*nemini res propria seruit*“ von der Jurisprudenz zuerst lediglich für die *Servituten* ausgesprochen worden, weil damals die *Servituten* die einzigen *iura in re aliena* waren. Nachdem der Prätor die Zahl der letzteren vermehrt hat, erweitert sich jener Satz zu einem allgemeinen Princip dieser: er gilt auch beim Pfand, der *emphyteusis*, der *superficies*.

XI.

Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia.

Von

Herrn Dr. **Hugo Krüger**

in Berlin.

Die Frage nach dem Ursprunge der römischen Consensualcontracte und damit der bonae fidei iudicia überhaupt ist durch die Habilitationsvorlesung von Carl Christoph Burckhardt: Zur Geschichte der locatio conductio (Basel, 1889) von neuem angeregt worden.

Das Problem ist ein vielseitiges. Im classischen Rechte waren die Consensualcontracte, gleichwie einzelne Realcontracte, sog. bonae fidei negotia und gehörten dem ius civile an. Darnach lassen sich für die Entstehung dieser Contracte folgende Fragen aufwerfen.

1. Gehörten die Consensualcontracte von Alters her dem ius civile an? Die heute herrschende Lehre verneint dies mit Recht ¹⁾; aber dann fragt es sich weiter: wie kamen sie in das ius civile? Darin zwar ist man einig, dass die einzelnen Contracte nicht gleichzeitig entstanden und gleichzeitig klagbar geworden sind; höchstens könnten Kauf und Sachmiethe als Zwillingsgeschwister gelten. Aber ob sie alle auf gleichem Wege zur Klagbarkeit gelangten, und auf welchem Wege etwa, darüber ist man im Unklaren. Beispielsweise wird die locatio conductio zurückgeführt bald auf das ius gentium, bald auf einheimisches Gewohnheitsrecht, d. h. auf den römischen Privatverkehr selbst, bald auf die publicistischen Miethsverträge ²⁾. Ein einheitliches Princip für die Entstehung aller

¹⁾ s. Burckhardt S. 4 N. 4. — ²⁾ Die einzelnen Ansichten sind ausführlich besprochen von Burckhardt S. 16 ff., S. 54 ff.

Consensualcontracte liesse sich nur aus den ersten beiden Gesichtspunkten gewinnen.

2. Waren die Klagen aus den Consensualcontracten von Anfang an *bonae fidei iudicia* im Sinne des classischen Rechts, oder haben sie erst später diesen Charakter angenommen, so dass sie ursprünglich *stricti iuris* waren?

3. Wurden die Consensualcontracte vom Augenblicke ihrer Klagbarkeit an durch den blossen *consensus perfect*, oder haben sie sich zunächst als Realcontracte entwickelt¹⁾?

Von diesen drei Fragen ist die letztere die am wenigsten wichtige. Denn ob man nun ein anfängliches Realcontractstadium annimmt oder nicht, so kehrt doch die zweite Frage nach dem Verhältniss der Klagbarkeit zur *bonaefidei*-Natur der Geschäfte schon für diejenigen Realcontracte des classischen Rechts, deren Klagen zu den *bonae fidei iudicia* gehören, selbständig wieder, und nur die eine Möglichkeit wäre durch jene Annahme eröffnet, dass den *bonae fidei iudicia* überhaupt ein einheitliches klagbegründendes Princip zu Grunde gelegen hätte, dessen Nachweis die folgende Abhandlung in der That versucht.

Von grundlegender Bedeutung ist dagegen die obige zweite Frage: wie verhalten sich Klagbarkeit und *bonaefidei*-Charakter zu einander? Besteht zwischen beiden kein innerer Zusammenhang, oder ist der letztere den Klagen von je immanent gewesen?

Beide Ansichten sind von den Neueren vertreten worden²⁾, und im Sinne beider Theile lautet die obige Frage concreter gefasst: ist die Clausel *ex fide bona* ein ursprünglicher Bestandtheil der Formel: *quidquid dare (facere) oportet ex fide bona*³⁾ oder ein späterer Zusatz?

Beide Ansichten treffen auch darin zusammen, dass sich der Begriff der *fides bona* unserer Clausel von Anbeginn an

¹⁾ s. Burckhardt S. 50 ff. — Nicht hierher gehören die Ansichten darüber, wie sich der Verkehr vor der Klagbarkeit der Consensual-, bez. Realcontracte mit den formellen Geschäften des *ius civile* (*mancipatio*, *nexum*, *stipulatio*) behalt: Burckhardt S. 48 ff. — ²⁾ s. Burckhardt N. 31 u. 32. — ³⁾ Ich sehe hier zunächst von der Meinung ab, welche die Klagen aus den Consensualcontracten in die *Legisactionenzeit* verlegt.

im wesentlichen mit dem der bona fides des classischen Rechts, natürlich auf dem Gebiete des Obligationenrechts¹⁾, decke, wobei eben von der inneren Fortbildung und Erweiterung des Begriffs abzusehen ist.

Bekanntlich ist nach heutiger Lehre die dem Vertragsrechte angehörige bona fides des classischen Rechts allgemein die Art und Sitte rechtlicher Leute als die objective Norm, nach welcher der Richter zu entscheiden hat. Insbesondere sind es zwei Dinge, welche der ex bona fide urtheilende Richter von Amtswegen zu berücksichtigen hat: einmal den dolus malus der Parteien und sodann das dem Willen der Parteien wie der Verkehrssitte in Ansehung von Nebenabreden und Nebenleistungen Entsprechende²⁾.

Kurz gesagt, man dürfte darin einig sein, dass „die bona fides im Obligationenrechte stets nur ein Factor für die sachgemässe Ausweitung einer bestehenden actio“ ist³⁾, und mit diesem Satze wird zugleich ausgesprochen, „dass die bona fides mit der Erfüllungspflicht als solcher nichts zu thun hat“⁴⁾, dass sie „sich also niemals auf die Erfüllung von Verbindlichkeiten beziehe“⁵⁾, d. h., dass die bona fides nie die Norm gewesen sei, welche die Verpflichtung zur Erfüllung der Hauptobligation beherrscht, dass sie kein „schulderzeugendes Princip“ abgegeben habe.

Hängt nach dieser Lehre die bona fides mit der Klagbarkeit der sog. bonae fidei negotia nicht zusammen, so lässt sich ohne Kühnheit annehmen, dass die Klagen ursprünglich stricti iuris iudicia gewesen⁶⁾, m. a. W., dass die Clausel ex fide bona kein ursprünglicher Bestandtheil der Klagformeln gewesen sei.

Man wird nun zugeben müssen, dass der geschilderte bonaefidei-Charakter, wie er uns im classischen Rechte als ausgereifter entgegentritt, sich erst entwickelt hat, nicht von Hause aus den Klagen beiwohnte; aber wäre es nicht trotz-

¹⁾ Die bona fides bei den dinglichen Rechten ist mit der obigen nicht wesensgleich: Pernice, Labeo II S. 143 f. Sie bleibt daher hier ganz ausser Betracht; insbesondere hat das bona fide emere mit unserer bona fides nichts zu thun. — ²⁾ Pernice, Labeo II S. 80 ff. — ³⁾ Pernice a. a. O. S. 144 N. 3. — ⁴⁾ Bechmann, Kauf I S. 629 N. 2, S. 475. — ⁵⁾ Bechmann a. a. O. S. 467. Burckhardt S. 13 f., S. 56.

dem möglich, dass die Formel von je die Clausel *ex fide bona* gehabt hätte?

Es kommt darauf an, einmal, ob wirklich im classischen Rechte *bona fides* und Erfüllungspflicht nichts mit einander gemein haben; und sodann, ob die *fides bona* der Clausel von je den classischen Begriff der *bona fides* vertreten habe, ob wir nicht vielmehr in ihr doch den klagbegründenden Factor zu suchen haben. Damit wäre zugleich die oben unter 1 aufgestellte Frage gelöst.

Der letzteren Auffassung sehr nahe kam Bekker, *Actionen* I S. 162. 164; bestimmt ausgesprochen haben sie Dernburg, *Compensation*² S. 57¹⁾, Jhering, *Geist*⁴ III S. 488 (Text nach N. 661) und besonders deutlich Bernhöft, *Staat und Recht* S. 173 und *Zeitschr. f. vergl. Rechtsw.* III S. 446 f.

Näher begründet ist diese Ansicht bisher nicht, und Burckhardt geht über sie ganz hinweg. Sie quellenmässig zu erweisen, ist der Zweck des folgenden Aufsatzes.

Zur Festsetzung des Beweisthemas ist noch eine Bemerkung vor auszuschicken.

Die oben erwähnte Meinung über das Wesen der *bona fides*, welche heute als die herrschende gelten kann, unterscheidet zwischen *fides* und *bona fides*, indem sie auf jene die Erfüllungspflicht zurückführt²⁾, und insbesondere hat Pernice, *Labeo* I S. 408 ff. klargestellt, dass die *fides* die Grundlage einer Reihe von Verträgen ist.

Demgegenüber stelle ich folgende Sätze auf:

1. Die *fides bona* der Clausel *ex fide bona* ist ursprünglich die *fides* selbst im objectiven Sinne.
2. Sie beherrscht, wie diese, die Verpflichtung zur Erfüllung der contractlich verabredeten Hauptleistung; dies ist ihre principale Function auch noch im classischen Rechte.
3. Sie ist der klagerzeugende Factor gewesen, indem sie sich als eine Norm des *ius gentium* darstellt.

¹⁾ In seinen *Pandekten* II § 7 ist nicht mehr von *bona fides*, sondern nur von *fides* die Rede; s. aber auch *Pand.* I § 124. — ²⁾ Bechmann, *Kauf* I S. 475, S. 629. Pernice, *Labeo* II S. 144 N. 3.

4. Der *bonaefidei*-Charakter entwickelte sich, wahrscheinlich auf die Autorität des Q. Mucius Scaevola hin, aus der Clausel *ex fide bona* durch Interpretation der Juristen.

I. *Fides* und *fides bona*.

1. Dass die *fides bona* ursprünglich die nämliche Bedeutung wie die *fides* selbst hatte, liesse sich vielleicht so erklären, dass das Adjectiv *bona* nur zur Verstärkung des Begriffes hinzugefügt sei; man könnte damit die parallele Formel: *ut inter bonos bene agier oportet*, sowie das *aequum* (et) *bonum* vergleichen.

Wichtiger aber ist die Feststellung der ursprünglichen Bedeutung von *fides* selbst. Nach Ausweis der *Lexica* ist *fides* eigentlich das Vertrauen auf jemanden oder etwas. Hält man dem den Gegensatz von *fides bona* und *fides mala* gegenüber, so wird es wahrscheinlich, dass *fides* an sich ein farbloser Begriff, eine *vox media* s. *anceps* gewesen sei, und dass dieser indifferente Begriff seine nähere Bestimmung als Ver- und Zutrauen oder als Misstrauen erst durch die Beifügung der Adjectiva *bonus* und *malus* erhalten habe, wenn auch Gellius XII, 9, 1 unter den Beispielen der *vocabula media et communia* gerade die *fides* nicht nennt.

Auch in der hier massgebenden übertragenen Bedeutung wird demnach *fides* die Treue nach der positiven wie negativen Seite, im guten wie im schlechten Sinne, Treue und Treulosigkeit gewesen sein.

Die erstere Bedeutung wurde die überwiegende, so zwar, dass wir kein Zeugniß besitzen, in welchem *fides* allein die Treulosigkeit geradezu bedeutete.

Wohl aber giebt es einige wenige Zeugnisse, welche m. E. die ursprünglich indifferente Bedeutung von *fides* darthun, und in denen wir, da es uns an einem ähnlichen Begriff wie Ausdruck mangelt, *fides* mit Treulosigkeit wenigstens frei übersetzen können.

Zunächst sind es zwei Stellen von Cicero:

Phil. VI, 4, 11: *quae potest esse maior fides quam fraudare creditores;*

pro Rosc. Am. 40, 116: ad cuius igitur fidem confugiet,
cum per eius fidem laeditur, cui se commiserit.

In der letzteren Stelle entsprechen sich: cuius fidem — eius fidem; eius wäre daher als genitivus subjectivus (dessen fides), nicht als objectivus (Vertrauen auf ihn) aufzufassen.

In beiden Stellen sodann dürfte nicht an eine Ironie, vielmehr an ein Wortspiel zu denken sein, das in den beiden Bedeutungen von fides seinen Grund hat.

Ein weiteres Zeugniß für die behauptete Bedeutung von fides ist in der alten Formel der fiducia bei Cic. de off. III, 17, 70 gegeben:

uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem. Wegen des propter te kann das fidemve tuam nicht heissen: Vertrauen auf dich, sondern nur: deine fides, und die Bedeutung von Treue ist hier unmöglich. „Dein Verhalten in Ansehung der Treue und Redlichkeit“ liessen sich die Worte etwa wiedergeben.

Hat hiernach fides in der That einen indifferenten Begriff in älterer Zeit vertreten, so wird es auch erklärlich, dass der peinlich gewissenhafte Sprachgebrauch derselben die fides in f. bona und f. mala schied.

Genau so war dolus eine vox media¹⁾: es gab einen dolus malus und einen dolus bonus; den letzteren Ausdruck nennt Ulpian (wohl nach älteren Quellen) in L. 1 § 3 D. 4, 3.

So ist es denn von Anfang an wahrscheinlich, dass die fides bona unserer Clausel ursprünglich keine andere Wortbedeutung gehabt habe als fides im guten Sinne.

2. Bekräftigt wird diese Annahme durch die Beobachtung, dass, gleichwie beim Terminus dolus malus das Adjectiv dem Substantiv folgt, ebenso der ältere juristische Sprachgebrauch — den vulgären werde ich nachher berühren — nie die technische Wendung des classischen Rechts: bona fides, sondern durchgängig fides bona setzt. Dementsprechend finden wir in den Digesten nur die Stellung: mala fides; aber noch Cicero de nat. deor. 3, 30, 74 sagt dafür: fides mala, im deutlichen Gegensatze zur fides bona.

Die fides bona ist also eine vollständige Parallele zum

¹⁾ Die Zeugnisse s. bei Pernice, Labeo II S. 61 N. 2 und 3.

dolus malus. Aber während der Terminus dolus malus in dieser Wortstellung sich im ganzen römischen Rechte erhielt und mit dem dolus (in dem später ausschliesslich schlechten Sinne) begriffseins blieb, hat sich einer besonderen Entwicklung zufolge die fides bona von der fides (im hauptsächlichen, guten Sinne) getrennt und ist als sog. bona fides ein selbstständiger Begriff geworden, so dass sich als Gegensätze ergeben: fides bona — fides mala und: bona fides — dolus (malus).

So gewiss die bona fides des classischen Rechts aus der alten fides bona der Formel entwickelt wurde, so muss man doch eben als festen Ausgangspunkt nehmen, dass die ursprüngliche, formelmässige fides bona ein ander Ding gewesen ist als die spätere bona fides. Hiernach kann die Aenderung des juristischen Sprachgebrauches schwerlich ein Zufall sein. Der ältere Sprachgebrauch stellt das Adjectiv nach, nur um den positiven Sinn von fides im Gegensatze zur fides mala unzweifelhaft festzustellen, also um erst den Ausdruck für den positiven Begriff zu gewinnen; für den einmal gegebenen guten Sinn von fides selbst wäre der Zusatz bona unwesentlich, überflüssig: er „qualificirt“¹⁾ die fides als einen indifferenten Begriff, aber er qualificirt die fides im guten Sinne nicht weiter.

Der neuere juristische Sprachgebrauch dagegen setzt den positiven Begriff von fides selbst voraus und macht innerhalb dieser neuen Gattung durch Vorsetzung des Adjectivs bona einen Artunterschied.

3. Jener ältere Sprachgebrauch reicht mindestens bis auf Cicero; meines Wissens ist weder bei ihm noch vor ihm die bona fides als juristisches Kunstwort zu finden. Ich lasse die älteren Zeugnisse für die fides bona folgen, möchte aber, um nicht missverstanden zu werden, noch einmal bemerken, dass es mir nur auf den älteren Sprachgebrauch als solchen ankommt, weil dieser mir für die Erkenntniss des ursprünglichen Begriffes schlüssig zu sein scheint, und dass es deshalb

¹⁾ Bechmann, Kauf I S. 617: „Dass die bona fides eine Art und zwar eine qualificirte Art der fides selbst ist, liegt ohne Weiteres schon im Ausdruck.“

gleichgiltig ist, dass in den Zeugnissen seit Mucius Scaevola der ursprüngliche Begriff der *fides bona* bereits in der Richtung nach der neueren *bona fides* erweitert ist.

A. Die Formel *ex fide bona*:

a) *quidquid dare facere oportet ex fide bona*:

lex Rubria c. 20 bis.

Cicero *de off. III*, 15, 61; 16, 66; 17, 70. *top.* 17, 66.

Valerius Maximus VIII, 2, 1. — Probus (Einsidl.) 8.

Gaius IV, 47 (wohl nach dem Julianischen Edictsalbum).

b) die *exceptio doli* des Q. Mucius Scaevola bei Cic. *ad Att.* 6, 1 § Ego:

extra quam si ita negotium gestum est, ut eo stari non oporteat ex fide bona.

B. Im unmittelbaren Anschluss an die obige erste Formel: Mucius bei Cic. *de off. III*, 17, 70:

fideique bonae nomen existimabat manare latissime.

Cicero *de off. III*, 16, 67: *ergo ad fidem bonam statuit pertinere.*

top. 17, 66: *illi dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum.*

sowie *de nat. deor.* 3, 30, 74: *inde tot iudicia de fide mala, tutelae, mandati, pro socio, fiduciae, reliqua, quae ex empto aut vendito aut conducto aut locato contra fidem fiunt.*

C. Fraglich, ob im Anschluss an die Formel:

Cato *de r. r. c.* 14: *nummos fide bona solvat, in tegulas singulas II.*

4. In der classischen Jurisprudenz ist der Ausdruck *bona fides* zum feststehenden Terminus geworden. Wie tief er eingewurzelt ist, beweist am besten die Thatsache, dass, während das Julianische Edictsalbum an der althergebrachten Clausel *ex fide bona* festhielt (arg. Gaius IV, 47) und hiernach zweifellos in praxi vom Prätor auch später noch die einzelne formula immer mit dieser Clausel gegeben ward, die classischen Juristen kein Bedenken trugen, von diesem officiellen Sprachgebrauch sogar in der Wiedergabe der edictmässigen Formel zu Gunsten der wissenschaftlichen Terminologie abzuweichen.

So

Gaius 3 aureor. L. 5 pr. D. 44, 7 bis (von der actio mandati und neg. gest.):

quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet; ähnlich Gaius III, 155.

Paul. 5 respons. (ex locato et conducto) L. 54 pr. D. 19, 2: in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit¹⁾.

Dazu kommen noch die häufigen Stellen, in denen die Worte ex bona fide in unverkennbarem Anklang an die Formel gebraucht werden:

Gaius L. 46 § 4 D. 3, 3. Ulp. L. 11 D. 16, 3. L. 3 § 8 D. 27, 4. Paul. L. 21 § 4 D. 4, 2 (?). Callistr. L. 33 pr. D. 26, 7,

und insbesondere die Wendung: ex bona fide esse²⁾:

Julian L. 22 § 4 D. 17, 1. African L. 51 pr. D. 21, 1; L. 50 pr. D. 23, 3; L. 47 (46) D. 28, 5. Paul. L. 22 § 4 D. 17, 1.

5. Wir dürfen hieraus schliessen, dass die classischen Juristen nicht selten die von ihnen wörtlich ausgeschriebenen oder frei bearbeiteten älteren Vorlagen, in denen noch die alte Wendung fides bona stand, umgeändert und nach ihrer Meinung richtig gestellt haben.

Ausnahmslos ist es freilich nicht geschehen; es ist nur natürlich, dass sich nicht alle Spuren des alten Sprachgebrauches in den Schriften der classischen Juristen verwischt haben. Wo wir bei ihnen noch die fides bona antreffen³⁾, da werden wir grösstentheils entweder Anlehnung an die Formel oder Entlehnung aus den Schriften der veteres annehmen können.

6. Auf Anlehnung an die Formel dürfte z. B. zurückzuführen sein:

1) Julian 8 digest. (comm. div.) L. 24 pr. D. 10, 3 und Gaius 7 ad ed. prov. (comm. div.) L. 45 D. 41, 1

¹⁾ Oefters wird die Formel ohne die bonafides-Clausel angegeben: Gaius IV, 60; 131 a. Paulus L. 16 D. 34, 3; L. 89 D. 45, 1. Modestin L. 19 D. 34, 3. — ²⁾ Vgl. dazu Tryphonin L. 31 § 1 D. 16, 3: est ex fide bona. — ³⁾ Fides mala findet sich, wie schon gesagt, in den Digesten nach Ausweis des Index nicht.

(ohne Quellenangabe): quia fidei bonae convenit, ut unusquisque praecipuum habeat, quod ex re eius servus (sc. communis) adquisierit.

Ob dieser Satz aus älteren Quellen geschöpft ist, ist nicht erkennbar ¹⁾; jedenfalls stellt ihn Julian, worauf Lenel, Paling. mit Berufung auf sein edict. perp. S. 165 N. 8 aufmerksam macht, in unmittelbarem Bezug auf die Formelworte: ex fide bona auf.

- 2) Ulp. 10 ad edict. (de neg. gest.) L. 5 § 6 (4) D. 3, 5: quia nec fides bona hoc patitur.

Möglich, dass diese Worte auf Labeo, der im § 6 selbst, sowie in § 5 und § 8 angeführt wird, zurückgehen. Aber auch hier ist zu bemerken, dass Ulpian an dieser Stelle ad formulam handelt, und wenn auch von L. 3 § 10 bis L. 5 § 14 von der demonstratio (Lenel, Paling. II S. 455 N. 3), so blickt doch die obige Begründung auf die intentio: ex fide bona hin.

- 3) Tryphonin 9 disput. (de deposito) L. 31 § 1 D. 16, 3: est ex fide bona (vgl. dazu oben S. 173 Text zu N. 2).

Tryphonin spricht sonst in dieser Stelle nur von der bona fides.

7. Entlehnungen aus den Schriften der veteres lassen sich nachweisen bez. vermuthen in folgenden Stellen:

- 1) Paulus 34 ad edict. (loc. cond.) L. 24 pr. D. 19, 2: fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit.

Schon der Thatbestand, locatio operis mit lex dicta, weist in die Zeit der Republik, und vollends die gleiche Entscheidung in einem ähnlichen Falle führt Ulpian 28 ad Sab. L. 7 pr. D. 18, 1 (dazu Ulp. ibid. L. 22 § 1 D. 50, 17) als ein placitum der veteres an.

- 2) Paulus 32 ad edict. (pro socio) L. 3 § 3 D. 17, 2: fides bona contraria est fraudi et dolo.

Es dürfte dies ein vorclassisches Rechtsspruchwort gewesen sein, nach welchem jedenfalls schon Ofilius und Labeo in L. 16

¹⁾ Vgl. etwa Gaius 3 de verb. oblig. L. 28 § 1 D. 45, 3: magis placuit: der so bezeichnete Standpunkt dürfte der neuere sein.

§ 1 D. 4, 4 bei Ulp. 11 ad edict. in derselben Frage entschieden haben: s. Pernice, Labeo I S. 451.

3) Labeo l. poster. bei Pompon. 7 ex Plaut. L. 21 pr. D. 40, 7:

erit autem ei diligentiae coniuncta fides bona non solum in rationibus ordinandis, sed etiam in reliquo reddendo,

und in etwas veränderter Fassung, aber ebenfalls mit der fides bona, jedoch ohne Quellenangabe bei demselben Pompon 5 ad Sab. L. 8 D. 40, 4. Also sicher ein Zeugniß Labeos, vielleicht eines früheren Juristen; denn wie wir nachher sehen werden, folgt Labeo bereits dem neuen Sprachgebrauche.

4) Trebatius¹⁾ bei Pompon. 32 ad Sab. (de poss. et usucap.) L. 4 pr. D. 41, 10:

si ancillam furtivam emisti fide bona.

Also Trebatius setzt fides bona sogar im Sachenrechte!

5) Vermuthungsweise läßt sich beim iudicium fidei bonae (so die Flor.) in L. 84 § 5 D. 30 Julian, schwerlich²⁾ beim contractus fidei bonae (so die Flor.) in L. 108 § 12 D. 30 African an einen Terminus der veteres denken. Ferner mag Ulpian 3 opin. L. 3 § 2 (L. 2 § 13) D. 50, 8: explorata lege conductionis fides bona sequenda est den veteres folgen.

8. Schon die zuletzt genannten Stellen zeigen, dass es nicht möglich ist, alle in den Digesten vorkommenden Stellen mit fides bona auf einen der beiden genannten Gesichtspunkte mit einiger Sicherheit zurückzuführen. Dies trifft insbesondere noch für folgende Stellen zu:

1) Papinian 20 quaest. L. 3 § 2 D. 22, 1, wo es mit Bezug auf das fideicommissum eius quod superest heisst: quae fide bona deminuta sunt. Fide bona bedeutet hier nicht etwa: in gutem Glauben, wie derselbe Jurist 19 quaest. L. 56 (54) D. 36, 1 beweist: verbis enim fideicommissi bonam fidem inesse constat. Das genannte Fideicommiss dürfte erst der Kaiserzeit an-

¹⁾ Cuiacius will freilich: Neratius lesen. — ²⁾ Das Wort contractus verwenden die älteren Juristen nur selten: Pernice in Zeitschr. der Sav.-Stiftung Rom. Abth. 9 S. 219.

gehören: nur Papinian erwähnt es¹⁾, mit einmaliger Berufung auf ein Rescript des Marcus.

2) Ulpian 5 opin. L. 3 D. 50, 13:

ut ei possessiones suas contra fidem bonam aeger venderet.

3) Marcian 2 de iud. publ. L. 6 pr. D. 48, 3:

idem de irenarchis praeceptum est, quia non omnes ex fide bona elogia scribere compertum est.

Das praeceptum stellten wohl Mandate oder Rescripte etwa von Hadrian und Pius auf: L. 6 pr. § 1 D. ibid.

4) Aus nachclassischer Zeit ist z. B. anzuführen L. 18 C. 2, 18 (19) Diocletian: fides bona suasit (nicht suadet).

9. Aus den in Nr. 7 zusammengestellten Zeugnissen dürfte hervorgehen, dass die veteres den neuen Sprachgebrauch noch nicht kannten; Trebatius spricht auch von fides bona im Sachenrecht²⁾. Dazu passt der Sprachgebrauch des ungefähr gleichaltrigen Cicero durchaus.

Dass mit Labeo der neue Sprachgebrauch anhebt, ist wahrscheinlich. Zwar wird auch er die alte Wendung dann beibehalten haben, wenn er Aussprüche seiner Vorgänger citirte: die obige Trebatius-Stelle stammt doch sicherlich aus seinen Werken. Im übrigen giebt es Originalstellen von ihm mit der einen oder anderen Wendung nicht; doch haben wir wohl bei Ulpian in L. 7 § 10 D. 2, 14, wo bona fide im Gegensatze zu dolus und fraus steht, Labeos eigene Worte vor uns³⁾.

Den Juristen nach Labeo ist die bona fides, natürlich im

¹⁾ So noch in L. 70 § 3, L. 71, L. 72 D. 31, L. 60 (58) §§ 7. 8 D. 36, 1. — ²⁾ Ob die Stelle des Trebatius vereinzelt dasteht, könnte sich fragen; nach Venuleius L. 4 § 1 D. 43, 29 hätte Trebatius bona fide emere gesagt. Immerhin ist es das wahrscheinlichste, dass der ältere juristische Terminus im Vertrags- wie im Sachenrechte der gleiche war. Die Formel der actio Publiciana nach Ulp. L. 7 § 11 D. 6, 2: qui bona fide emit bleibt zweifelhaft: Pernice, Labeo II S. 158 ff. Dernburg Pand. I § 228 N. 3 und andererseits Lenel edict. perp. S. 131; ebenso das bona fide vendere des Q. Mucius (meus hat die Flor.) in L. 23 pr. D. 40, 12. Doch soll hier auf diese Frage kein Gewicht weiter gelegt werden. — ³⁾ In L. 2 D. 27, 6, Labeo bei Paulus, steht bona fide im vulgären Sinne.

juristischen Sinne, um die es sich hier allein handelt, ganz geläufig. Es genügt zu verweisen einmal auf Proculus:

5 epistul. L. 78 D. 17, 2: iudicium pro socio bonae fidei est;

6 epistul. L. 68 D. 18, 1 und bei Paulus L. 17 (18) D.

3, 5: bonam fidem praestare

(sowie bei Pompon L. 21 pr. D. 41, 1: bona fide servire); und sodann auf Sabinus, dessen eigene Worte ich in L. 11 D. 16, 3 Ulp.: ex bona fide und convenit bonae fidei zu finden glaube; denn „Sabinus hoc explicuit“; vgl. andererseits das bona fide emere und bona fide emptor bei Paulus L. 27 D. 18, 1 = fr. Vat. 1 und L. 9 D. 42, 8.

So rechtfertigt sich die Behauptung, dass die Wendung bona fides erst der classischen Jurisprudenz angehört, dieser aber von Anbeginn; möglich, dass Labeo selbst den neuen Sprachgebrauch eingeführt hat.

10. Fassen wir die bisherigen Ausführungen kurz zusammen, so lautete der ältere juristische Sprachgebrauch: fides bona, und unter derselben stellen wir uns die fides im guten Sinne im Gegensatze zur fides mala vor.

Indessen decken sich die Begriffe von fides bona in unserer Clausel und von fides im guten Sinne doch nicht vollständig; der Begriff der ersteren fordert eine Einschränkung, welche freilich in der Wendung selbst nicht zum Ausdruck gelangt, sondern auf dem Sprachgebrauch beruht.

Die positive fides kann subjectiv und objectiv verstanden werden: als Treue, redliches Verhalten des Einzelnen innerhalb eines gegebenen obligatorischen Verhältnisses und als das Verhalten eines redlichen Mannes, welches für das erstere eine objective Norm abgiebt.

Die subjective Bedeutung von fides ist auf dem Privatrechtsgebiet die vorwiegende (fide tua esse iubes; fidei tuae committo u. s. w.).

Dagegen die fides bona der Clausel bezeichnet immer nur einen objectiven Massstab, welcher in dem Verhalten eines redlichen Mannes (vir bonus) gegeben ist¹⁾, wie dies schon aus der Präposition ex hervorgeht.

¹⁾ So namentlich Pernice, Labeo II S. 80 f. — Dasselbe gilt von den „boni mores“: L. 15 § 6 D. 47, 10 Ulp.

Fides bona ist also nicht die positive fides schlechthin, sondern die positive fides in einem engeren, nämlich im objectiven Sinne.

Ein spezifischer Unterschied im Begriffe der fides im allgemeinen und der fides bona im besonderen, d. h. in ihren Richtungen und Beziehungen, ist damit nicht begründet; nur der Standpunkt, von welchem man das mit fides bezeichnete Verhalten des Einzelnen betrachtet, kann ein verschiedener sein.

Demnach werden fides bona und fides, auch auf dem Gebiete des Obligationenrechts, promiscue gebraucht.

11. Erwähnenswerth ist in dieser Beziehung zunächst die dem vulgären Sprachgebrauche angehörige Wendung bona fide, welche sich zuerst bei Plautus¹⁾ findet, und die dem feststehenden juristischen Sprachgebrauche der älteren Zeit gegenüber ebenso typisch ist, gegen diesen selbst aber freilich keinen Gegenbeweis liefert.

Sie bedeutet bei den Komikern: ehrlich, wahrhaftig. Später ist diese Bedeutung ganz verblasst; so bei Cicero de leg. agrar. II, 37, 100: polliceor hoc vobis bona fide, wofür er bald darauf (II, 37, 103 i. f.) sagt: pro certo polliceor; so ferner bei Quintilian (unten N. 1).

Bei Plautus und Terenz erinnert die Phrase an den Gegensatz von dolus malus (ebenfalls im vulgären Sinne): „sagst du die Wahrheit oder belügst du mich?“ Sie findet ihr Seitenstück in der häufigen Wendung: haud dicam dolo, sowie in dem: dico sedulo (s. Pernice, Labeo II S. 61 N. 3 und S. 74 N. 1)²⁾.

¹⁾ Die Belege bei Pernice, Labeo II S. 75 N. 3; dazu noch Plaut. Most. III, 1, 140: bonan' fide? — si quidem es argentum redditurus, tum bona; si redditurus non es, non emit bona. Pseud. IV, 6, 33: bonan' fide istuc dicis? Poen. I, 3, 30: bona dicam fide? — Quintilian inst. orat. X, 3, 23: neque enim se bona fide in multa simul intendere animus totum potest. — Degegen dürfte wohl Cato de r. r. 14, 3: et nummos fide bona (sic!) solvat zu streichen sein: die Stelle wird weiter unten zur Sprache kommen. — ²⁾ Vielleicht gerade deswegen, weil sich in dieser vulgären Wendung der Gegensatz zum dolus so ausgesprochen hervordrängt, steht in ihr das Adjectiv voran. Die Formel ex fide bona dagegen setzt ursprünglich einen ganz anderen Gegensatz voraus: nämlich ex iure civili (unten Abschnitt III).

Auf der anderen Seite sagt Plautus anstatt: *bonan' fide?* im ungefähr gleichen Sinne: *tuan' fide?* z. B. *Capt. IV, 2, 102*. Wahrscheinlich tritt uns hier nur der Unterschied von *fides* im objectiven und im subjectiven Sinne entgegen und setzen beide Wendungen den Gegensatz von *dolus malus* (im vulgären Sinne).

12. Nach der Formel der *fiducia*: *uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem* äussert sich die *fides* (als mala) in der Begehung einer *fraus* (*fraudare*)¹⁾, und in dieser Beziehung hat demnach die positive *fides* bereits die Function und Bedeutung der späteren *bona fides*: sie erfordert Abwesenheit der *fraus*. Die entsprechende Clausel der Formel der *Peculienklage* lautet nach *L. 36 D. 15, 1* geradezu: *si quid dolo malo domini captus fraudatusque actor est*. Im übrigen ist es sicher, dass der *Fiduciar* *bonam fidem* prästiren muss, wie wenn die Klagformel die Clausel: *ex fide bona* gehabt hätte (*Mucius Scaevola* bei *Cic. de off. III, 17, 70*). Also die objective *fides bona* und die subjective *fides* treffen auf demselben Gebiete zusammen: beiden widerspricht die *fraus*.

13. Belangreicher und weitgreifender als die besprochenen vereinzelter Erscheinungen ist die Thatsache, dass *Cicero* im Zusammenhange mit den *bonae fidei iudicia* häufig von der *fides* allein spricht. Die Hauptstelle dafür ist *de nat. deor. III, 30, 74* (oben S. 172); hier entspricht den Worten *de fide mala* mit Bezug auf *Tutel*, *Mandat*, *societas* und *fiducia* das nachfolgende *contra fidem* mit Bezug auf *Kauf* und *Miethe*, und die *fides mala* bildet hier den deutlichen Gegensatz, sachlich wie sprachlich, zur *fides bona*²⁾. *Cicero* setzt also die *fides* (im objectiven Sinne) der *fides bona* gleich.

¹⁾ Es gehören zusammen: *propter te* und *captus* (*dolus*) einerseits und (*propter*) *fidemve tuam* und *fraudatusve* (*fraus*) andererseits. Unter *fraus* dürfte der *dolus praesens* im Gegensatze zum *dolus praeteritus* zu verstehen sein. — Ueber das Verhältniss der *bona fides* zum *dolus* s. *Pernice, Labeo II S. 83 ff.*; über die obige Formel *ibid. S. 82*. —

²⁾ So auch *Bechmann, Kauf I S. 648. S. 617 N. 1*; nach *Pernice, Labeo II S. 145* bezieht sich die *fides mala* auf die Verletzung der *fides* selbst. Beides lässt sich, wie oben geschehen, vereinigen.

Man könnte hierin nun zwar ein vereinzelt Vorkommniss sehen und eine derartige Abwechselung zwischen *fides bona* und *fides* leicht begreiflich finden¹⁾; allein bei Cicero liegt die Sache doch anders.

Von der *fides bona* spricht er nur in zwei Stellen, und in diesen obenein in Anknüpfung an die unmittelbar vorhergenannte Formel *ex fide bona*²⁾; mit dem *iudicium de fide mala* aber in der eben angeführten Stelle citirt er gewissermassen die Formel selbst. Im übrigen findet sich die *fides bona* (oder *mala*) bei ihm nicht mehr, und dies ist um so auffallender, als er sich sehr häufig mit den hierher gehörigen *negotia* beschäftigt.

Diese Thatsache wird nun freilich verständlicher einerseits dadurch, dass er mit Vorliebe, wie z. B. in den *Officien*, auf das Verhalten eines *vir bonus* verweist, welches seit dem letzten Jahrhundert der Republik, sicher seit *Mucius Scaevola*, mit der *fides bona* verselbigt wird, oder dass er allgemeinere, untechnische Ausdrücke verwendet³⁾.

Andererseits aber und insbesondere erklärt sich jene Erscheinung daraus, dass er eben an die Stelle der formelmässigen *fides bona* die *fides* selbst setzt: kein Zweifel, dass ihm beide begrifflich identisch sind. Jener erstere Terminus mag ihm als ein archaisches Formelwort erschienen sein, und wir wissen, wie er sich über den juristischen Formelkram lustig machte. Begriffsbestimmend war für ihn das Adjectiv *bona* jedenfalls nicht; so liess er es als überflüssig weg oder ersetzte es wohl auch durch ein anderes (*magna fide*) oder steigerte es zum Superlativ (*optima fide*). Dabei ist ihm denn freilich unversehens eine Vertauschung der objectiven *fides* mit der subjectiven mituntergelaufen; aber man ersieht doch

¹⁾ Wie Bechmann a. a. O. S. 617 N. 1 urtheilt. — ²⁾ *De off.* III, 16, 67; *top.* 17, 66; ebenso in *de off.* III, 17, 70, wo Cicero den *Mucius* reden lässt. — ³⁾ So spricht er von der *iustitia ad rem gerendam* (Kauf und Miethe) *necessaria*: *de off.* II, 11, 40, und dazu *fides iustitiae*: *ibid.* III, 20, 79; 82. 29, 104; vgl. I, 7, 23 und *partit. orat.* 22, 78; ferner vom *aequus, facilis in omni re contrahenda*: *de off.* II, 18, 64; von einem *perfidus, improbus, malitiosus* Verkäufer: *ibid.* III, 14, 60, und von der *iniusta aut improba venditio*: *ibid.* III, 13, 54.

auch hieraus, wie wenig ihm die fides bona ein besonderer Treubegriff war.

14. Die Bedeutungsgleichheit der (objectiven) fides mit der fides bona tritt in den einzelnen Stellen Ciceros, welche sogleich aufgezählt werden sollen, bald mehr, bald weniger hervor; aber es ist nicht zu vergessen, dass er selbst die zuerst von Mucius Scaevola bezeugte Lehre von den iudicia, in quibus additur ex fide bona, uns überliefert hat, und dass er sie aus Theorie wie Praxis zur Genüge kannte. Aus diesem Gesichtspunkte ist die Thatsache zu würdigen, dass er trotz der vielen Anlässe den terminus technicus fast geradezu vermeidet und sich häufig mit der fides allein begnügt.

Ausser der obigen Stelle lassen sich noch folgende anführen:

de off. I, 7, 23: fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas¹⁾; vgl. ibid. I, 10, 31: veritas et fides.
partit. orat. 22, 78: iustitia . . . creditis in rebus fides . . . nominatur.

de off. I, 5, 14: rerum contractarum fides.

III, 19, 77: fides alicuius bonitasque, wo bonitas die Eigenschaft eines vir bonus bedeutet und mit fides (hier im subjectiven Sinne) wohl synonym steht.

I, 10, 31, wo vom reddere depositum gesagt wird:
1) pertinet ad fidem, 2) es ist die Pflicht eines Mannes, quem virum bonum dicimus. Also auch hier fides = bonitas, so dass die Frage, ob Cicero die in ius concepta formula depositi kannte, für unsern Zweck auf sich beruhen kann.

in Catil. II, 11, 25: hinc fides, illinc fraudatio.

pro Quinct. 3, 13: qui magna fide societatem gererent, arbitrium pro socio condemnari solerent.

6, 26: si . . . fide societas . . . colitur, . . . perfidiosum.

¹⁾ Bechmann, Kauf I S. 662: „Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass kraft der bona fides die Dikta schon frühzeitig als rechtsverbindlich anerkannt worden sind.“

top. 10, 42: si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator; vgl. dazu das bonam fidem praestare in der Nummer 16 auf S. 183.

pro Sext. Rosc. 49, 144: si nulla in re te fraudavit, si tibi optima fide¹⁾ sua omnia concessit, adnumeravit, adpendit.

in Verr. II, V, 69, 177: reliquum iudicium iam non de mea fide . . . futurum: enthält eine Anspielung an die obengenannten iudicia de fide mala.

15. Auch noch bei den classischen Juristen steht bisweilen die blossе fides im Sinne der bona fides. So namentlich in der Wendung: ex fide, wo, nach der Präposition ex zu schliessen, die fides den objectiven Sinn, ganz wie die bona fides, vertritt.

Rescript von Marcus (bei Ulp.) L. 37 D. 40, 5 und Paulus L. 53 D. 40, 4: rationem (actus sui, vom Sklaven) ex fide reddere, dare.

Scaevola L. 60 § 4 D. 17, 1: quatenus res ex fide agenda esset, mandasse.

Tryphonin L. 67 § 6 D. 23, 2: qui bene tutelam et ex fide administravit; zu bene et ex fide vgl. die Formel: ut inter bonos bene agier oportet.

Ulpian L. 19 D. 26, 7: si non ex fide curam gerat²⁾.

Insbesondere mit dem in der ersten Stelle genannten rationem reddere ex fide des Sklaven ist zur Erhärtung des Gesagten zusammenzustellen:

African L. 32 D. 35, 1: bona fide redditas esse rationes und L. 22 i. f. D. 40, 4: ex aequo et bono rationes reddere;

Proculus, Pegasus, Neratius bei Paulus L. 17 (18) D. 3, 5: bonam fidem eum, qui in servitute gerere coepit, praestare debere.

¹⁾ Fides optima findet sich bei Cicero: pro Flacc. 40, 102: quum tuae fidei optimae et spectatissimae salutem urbis et civium commendabam; Phil. XI, 5, 11: ego defendi fide optima, wofür sonst auch fide defendere: pro Ligar. 2, 6 und in Q. Caec. div. 21, 67. — ²⁾ Dazu noch etwa: Rescript (von Pius?) bei Macer und Ulpian L. 4 § 4, L. 14 pr. D. 49, 1: ex fide causam defendere, agere.

Die übrigen angeführten Stellen sprechen für sich selbst.

16. Eine andere hierher gehörige Wendung ist *fidem praestare*. Sie bedeutet in der Regel die Erfüllung einer Verpflichtung; so *pacto, transactioni fidem praestare* (Ulp. L. 52 § 1 D. 2, 14; L. 27 pr. D. 5, 2) und beim Fideicommiss (Celsus und Ulp. L. 5 § 15 D. 24, 1; Julian bei Callistr. L. 3 pr. D. 49, 14. Paulus L. 40 pr. D. *ibid.*).

Zuweilen aber geht sie, wie auch die obige Wendung *ex fide*, dem *bonam fidem praestare* parallel. Es stehen sich nämlich gegenüber:

a) bei der Tutel:

fidem praestare (exhibere): Pompon. 16 ad Q. Mucium L. 4 D. 27, 5; Tryphonin L. 37 (38) D. 3, 5; Ulp. L. 8 D. 26, 1 — und

bonam fidem praestare: Julian bei Ulp. L. 5 § 7 D. 26, 7.

b) beim Mandat und der *negotiorum gestio*:

fidem praestare: Tryphonin l. c.; Paulus L. 22 § 5 D. 17, 1; Ulp. L. 6 § 5 D. 3, 2 — und

bonam fidem praestare: Paulus L. 59 § 1 D. 17, 1¹⁾; Ulp. L. 10 pr. D. *ibid.* (vgl. dazu L. 8 § 9 § 10 D. *ibid.*: *dolo facit, qui non restituit*).

Zu der Wendung *bonam fidem praestare* ist noch zu bemerken, dass sie erst seit Proculus begegnet, und dass sie möglicher Weise, nicht nothwendig, die subjective Bedeutung auch von *bona fides* darthut²⁾. Hält man an der objectiven Bedeutung fest, so wird man sie auch dem blossen *fidem praestare* beilegen können.

Sonach ergibt sich aus den bisherigen Erörterungen für die *fides bona* der Clausel der ursprüngliche Begriff der positiven *fides* im objectiven Sinne, welcher sich auch in der *bona fides* des classischen Rechts fortsetzt.

¹⁾ Freilich ist wohl diese Stelle interpolirt: Pernice, Zeitschr. der Sav.-Stift. Rom. Abth. Bd. 9 S. 217 N. 2. — ²⁾ Pernice, Labeo II S. 81 N. 24. — Die die Wendung bekundenden Zeugnisse s. oben in Nummer 15 und 16; dazu noch L. 68 pr. D. 18, 1 Proculus (vom Verkäufer) und L. 35 D. 17, 2 Ulp. (vom Erben des *socius*).

II. Die bona fides und die Erfüllungspflicht.

1. Es gilt als anerkannt, dass sich die fides auf dem Gebiete des Vertragsrechtes im Halten des gegebenen Wortes, in der Leistung des Zugesagten, in der Erfüllung des das Wesen der einzelnen Verträge ausmachenden Versprechens bethätigt. Die Erfüllung der contractlichen Hauptverpflichtung ist eine Forderung der objectiven fides ebensogut, wie Sache der subjectiven fides des Einzelnen: der Gegensatz von fides im objectiven und subjectiven Sinne kommt daher hier nicht weiter zur Geltung, hat keine praktische Bedeutung.

Haben wir nun in der alten fides bona der Clausel die objective fides erkannt, so muss schon hiernach das obige Postulat auch auf die erstere erstreckt werden. Dies trifft um so mehr zu, als auch die classische bona fides sich principiell und in erster Linie auf die Erfüllungspflicht im angegebenen Sinne bezieht, wenngleich gerade diese ihre Beziehung nicht interessant genug ist, als dass wir ihre öftere Erwähnung in den Quellen erwarten dürften.

Diese Behauptung soll nun sowohl für die fides bona als auch für die bona fides noch besonders quellenmässig begründet werden.

2. Das älteste sichere Zeugniss für die fides bona ist das des Cato de r. r. 14, 3:

nummos fide bona solvat, in tegulas singulas II.

Der Preis für die hier behandelte, den Neubau einer villa betreffende operis locatio ist nach der Zahl der verbauten Ziegel fest bestimmt, und es ist sogar noch des näheren verabredet, wie die Ziegel zu zählen sind ¹⁾. Der Schuldner soll also einfach zahlen, das ist die hauptsächlichste Bedeutung der Worte: fide bona solvat ²⁾. Das Zeugniss ist nach der Person des Schriftstellers wie nach der Terminologie (fides bona) m. E. ein juristisches ³⁾.

¹⁾ Bekker in Zeitschr. für Rechtsgesch. III S. 423. — ²⁾ In dem Conjunctiv solvat steckt ein oportet; doch ist es eine andere Frage, ob die Formel schon zu Catos Zeit gegeben war. — ³⁾ Bechmann, Kauf I S. 619 und Pernice, Labeo II S. 76 N. 3 nehmen die vulgäre Bedeutung von fide bona an.

Hieran reiht sich Cicero de off. I, 10, 31, wonach das reddere depositum Pflicht eines vir bonus und zugleich Sache der fides (= fides bona: oben S. 181) ist; ähnlich parad. III, 1.

Nur eine Anspielung auf die fides bona beim Kaufe findet sich bei Plautus Most. III, 1, 139 ff. (oben S. 178 N. 1). Wie diese Stelle auszulegen sei, darüber kann man zweifeln¹⁾; mir erscheint es als das einfachste und natürlichste, auch hier lediglich an Erfüllung zu denken: der Käufer kauft bona fide, wenn von seiner Seite erfüllt wird, d. h. wenn Verkäufer den Kaufpreis erhält, mag nun der Hausvater oder Haussohn zahlen.

3. In diesem Zusammenhange ist auch das erste karthagische Bündniss einer kurzen Betrachtung zu unterziehen. Dasselbe hatte nach Polybius III, 22, 9 die Bestimmung:

*ὅσα δ' ἂν, τούτων παρόντων, πραθῇ, δημοσίᾳ πίστει
ὀφειλέσθω τῷ ἀποδομένῳ.*

Dass die Uebersetzung des Polybius nicht genau ist, kann als sicher gelten; aber der Sinn dieses Bündnissartikels ist klar erkennbar²⁾. Wenn der Verkäufer³⁾ vorgeleistet hat, so soll ihm der Kaufpreis fide publica⁴⁾ geschuldet sein, d. h. natürlich gezahlt werden. Es ist von Interesse, dass auch hier das Leistenmüssen auf die fides gestellt wird und zwar auf die fides publica.

Dass der Staat sich selbst aus den Kaufgeschäften seiner Bürger irgendwie verpflichten wollte, ist schwer zu glauben; er sichert dem Verkäufer nur den Rechtsweg. M. E. geht die fides publica der fides bona parallel: sie verhalten sich zu einander wie ius publicum und ius privatum.

Das Rechtsgeschäft bestimmt sich weder hier noch dort nach der subjectiven fides des Einzelnen, sondern nach einer objectiven Norm, nach der fides bona als dem Verhalten eines redlichen Mannes und nach der fides publica als der im foedus selbst gegebenen Norm. Fides publica ist subjectiv die Ver-

¹⁾ s. Bechmann a. a. O. S. 617 f. — ²⁾ s. dazu Bechmann a. a. O. S. 439. — ³⁾ Voigt, Ius natur. II S. 576 übersetzt *πραθῇ* missverständlich: *actum fuerit* (= *πραχθῇ*). — ⁴⁾ So ist auch hier die Wortstellung: Cic. pro Sest. 22, 50; de prov. cons. 2, 3; in Catil. III, 4, 8; ad Att. 2, 24, 2. Sallust. Catil. 47, 1; 48, 4; Iug. 32, 1; 35, 7. Varro de l. l. V, 86. Gellius XX, 1, 40. Ulp. L. 24 § 2 D. 42, 5 u. a. m.

tragstreue der beiden Staaten als der das Bündniss abschliessenden Contrahenten, objectiv das foedus selbst, wie denn *πίστις* und *fides* auch geradezu foedus bedeuten¹⁾. Der gegenseitige Privatrechtsverkehr der Bürger beider Gemeinwesen steht natürlich unter der Herrschaft einer objectiven Norm, diese ist das foedus, gleich wie ein Gesetz. Der Kaufpreis wird daher geschuldet *ex foedere* = *ex fide publica*, und das „ex“ mag im lateinischen Text gestanden haben.

Fides publica wie *fides bona* begründen darnach gleicher Weise das Leistenmüssen.

4. Dass weiterhin die *bona fides* des classischen Rechts auch und zwar in erster Linie auf die Erfüllungspflicht von den Juristen bezogen wird, dafür liegen einige, wenn auch wenige, so doch voll beweiskräftige Stellen vor. Die geschichtliche Continuität ergeben die vorhergenannten Zeugnisse; blosse Speculationen der oder einzelner classischer Juristen sind daher nicht anzunehmen.

Zunächst zwei Stellen über die *bona fides* beim Depositum²⁾.

L. 11 D. 16, 3 Ulp. 41 ad Sab. (de furtis) nach Sabinus; denn: *denique Sabinus hoc explicuit addendo . . .* Der Text selbst lautet:

quod servus deposuit, is apud quem depositum est servo rectissime reddet ex bona fide: nec enim convenit bonae fidei abnegare id quod quis accepit, sed debet reddere ei, a quo accepit, sic tamen, si sine dolo omni [omnia?] reddat.

Hiernach ist es das oberste Princip der *bona fides*, dass der Depositär an den Deponenten leistet, und daran können nur gewisse andere, überwiegende Grundsätze der *bona fides* etwas ändern.

Ganz ähnlich L. 31 pr. § 1 D. 16, 3 Tryphonin 9 disput.

¹⁾ Vgl. Pernice, *Labeo* I S. 412 N. 20 ff. — ²⁾ Die eigenthümliche Verwendung der *bona fides* in diesen Stellen ist von Pernice, *Labeo* II S. 144 N. 3 a. E. bemerkt, und Bechmann, *Kauf* I S. 633 N. 1 nennt die oben an zweiter Stelle genannte L. 31 D. 16, 3 „in ihrer Diktion nicht immer ganz korrekt“.

Nach dem principium beherrscht die bona fides das Depositum. Urtheilt man nur nach dem ius gentium, dem daselbe angehört, so erfordert die bona fides Restitution seitens des Depositars an den Deponenten, also Erfüllung. Da aber die bona fides aequitatem summam desiderat, so ist auch das ius civile in Betracht zu ziehen, und dieses kann seinerseits die obige principale Verpflichtung modificiren.

Ebenso § 1: haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit.

Denselben Gedanken hat bereits Cicero in der schon öfters erwähnten Stelle de off. I, 10, 31 ausgeführt.

Sodann lehrt Ulpian 32 ad edict. in L. 11 § 1 D. 19, 1 vom Kauf:

cum enim sit bonae fidei iudicium (sc. empti), nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum sit.

Dieses „actum“ wird gewöhnlich auf die bekannte Function der bona fides bezogen, pacta adiecta an der rechtlichen Kraft des Hauptcontracts theilnehmen zu lassen¹⁾ oder den lückenhaften Willen der Parteien zu ergänzen²⁾.

Allein näher besehen ist hier das actum das, quod praestari convenit, wie es vorher ausdrücklich gesagt ist, und sein Gegensatz ist das folgende: quod si nihil convenit. Dementsprechend stellt der sich sofort anschliessende § 2 als erste Verpflichtung des Verkäufers, welche also bonae fidei congruit, auf: ipsam rem praestare venditorem oportet.

5. Dies sind die am deutlichsten redenden Zeugnisse. Neben ihnen wären etwa folgende noch von Belang.

L. 21 pr. D. 40, 7 und L. 8 D. 40, 4 Labeo bei Pompon 7 ex Plaut. und 5 ad Sab.:

fides bona non solum in rationibus ordinandis, sed etiam in reliquo reddendo.

L. 50 pr. D. 23, 3 African 8 quaest.:

illud ex bona fide est et negotio contracto convenit, ut fundus . . . condicatur.

Es handelt sich um ein von der Ehefrau einseitig er-

¹⁾ Pernice, Labeo II S. 87 N. 56 a. E. — ²⁾ Bechmann, Kauf I S. 668.

fülltes pactum, der Ehemann solle redintegrato matrimonio zehn als dos erhalten und einen fundus restituiren (do ut facias)¹⁾.

Endlich lautet in L. 21 D. 19, 2, Javolen 11 epistul., der Satz:

bona fides exigit, ut quod convenit fiat
zwar allgemein, er bezieht sich aber auf eine Nebenabrede beim Kauf.

III. Die fides bona als Quelle der Klagbarkeit.

1. Sofern man der fides einen Einfluss auf die Entstehung von Verträgen zuschreibt, kann man nach dem Vorherstehenden einen gleichen der fides bona nicht absprechen. Denn die fides bona ist ursprünglich die fides im guten Sinne im Gegensatze zur fides mala als eine objective Norm, und wir haben obenein den selbständigen Beweis geführt, dass die Erfüllung von Verträgen in den Rahmen der alten fides bona wie noch der classischen bona fides gehört.

Sonach erscheint die fides bona als die formale Grundlage der bonae fidei iudicia, als die Quelle der Klagbarkeit gewisser Contracte, als rechtsbegründender Factor.

Es lassen sich aber hierfür insbesondere noch einzelne Erscheinungen und Erwägungen verwerthen.

2. Die uns überlieferte Klagformel lautet nach allen Zeugnissen (oben S. 172): quidquid dare facere oportet ex fide bona.

Durchaus bezeichnend ist hier die Stellung der Clausel ex fide bona: sie steht neben und hinter dem oportet, wird gerade an dieses Wort angehängt, und der Schluss drängt sich fast auf, dass zwischen beiden ein innerer Zusammenhang besteht. Nicht bloss das quidquid dare facere, das Was und Wie der Leistung findet seine Norm in der fides bona, sondern in erster Linie das oportet, die Rechtspflicht, das Leistenmüssen.

Wiederum beweisen die classischen Juristen die Richtigkeit dieser Auffassung dadurch, dass sie die Clausel aus ihrer hergebrachten Stellung heraushoben und zur Leistung als für

¹⁾ Dazu auch Pernice, Labeo II S. 92 N. 80.

deren Inhalt massgebend stellten. Für sie war die Beziehung der bona fides auf die Erfüllungspflicht zwar nicht weggefallen, aber doch ganz in den Hintergrund getreten, und so war es auch nur natürlich, dass sie der Clausel den ihrer vorwiegenden Bedeutung entsprechenden Platz innerhalb der Formel anwiesen.

Darum aber müsste man sich umgekehrt über die Unnatur der ursprünglichen Formelfassung wundern, wenn nicht eben dem äusseren Zusammenhange der Clausel mit dem oportet auch ein innerer entsprochen hätte.

Die Hauptbelege für den veränderten Satzbau der Formel sind die schon oben S. 173 in ähnlicher Weise verwertheten Stellen:

Paulus 5 respons. L. 54 pr. D. 19, 2:

in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, und Gaius 3 aureor. L. 5 pr. D. 44, 7 bis (mit Gaius III, 155): quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet, wozu wegen der gleichen Stellung der Clausel ex bono et aequo zu vergleichen ist:

Gaius 3 instit. (III, 137) L. 2 § 3 D. 44, 7 = § 3 I. 3, 22 und dazu § 30 I. 4, 6:

quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet.

Ferner gehören hierher:

Gaius 3 ad edict. prov. L. 46 § 4 D. 3, 3:

ex bona fide rationem reddere debet (vom procurator im iudicium mandati), und

Callistratus L. 33 pr. D. 26, 7:

diligentiam, quam pater familias rebus suis ex bona fide praestare debet (vom tutor).

Andererseits sagt freilich noch Sabinus bei Ulp. 41 ad Sab. L. 11 D. 16, 3 insoweit ganz formelgerecht:

servo rectissime reddit ex bona fide (vom Depositär).

3. Unmittelbare Zeugnisse dafür, dass in der bona fides der Entstehungsgrund civiler Contracte, bez. Klagen liegt, giebt es nur wenige und nicht gerade sichere.

a) Die aus dem precarium entspringende praescriptis verbis „actio“, quae ex bona fide oritur, in L. 2 § 2 D. 43, 26 Ulp. ist zweifellos ebenso, wie in L. 19 § 2 D. ibid. Julian, eine byzantinische, bez. justinianische Schöpfung: das ergibt

sich aus äusseren ¹⁾ wie aus inneren ²⁾ Gründen. Zudem will Tribonian mit diesem Zusatze nichts anderes besagen, als dass seine actio pr. v. zu den bonae fidei iudicia gehöre (§ 28 I. 4, 6), was sich auf den bonaefidei-Charakter des classischen iudicium de aestimato, der einzigen im Album proponirten Klage, aus der pr. v. agirt wurde ³⁾, gründet. Dass aber auch diese nicht ex bona fide oritur, ist klar.

b) In L. 57 § 3 D. 18, 1 Paulus heisst es: iudicium (sc. empti venditi), quod ex bona fide descendit. Aber auch hier verräth die ganze L. 57 ⁴⁾ und insbesondere unser § 3 ⁵⁾ die Hand Tribonians deutlich und ist der Sinn des Relativsatzes der nämliche wie vorher.

c) Justinian sagt in L. un. § 2 C. 5, 13 mit Bezug auf die actio rei uxoriae: ex bona fide descendere, und er denkt dabei wieder an ihre Eigenschaft als bonae fidei iudicium ⁶⁾; hatte doch die Klagformel nicht die Worte ex fide bona, sondern aequius melius!

d) Dagegen in L. 11 pr. C. 4, 34 nennt Justinian das Depositum einen contractus, qui ex bona fide oritur, in dem hier behaupteten Sinne; gegensätzlich steht: ad perfidiam retrahatur.

e) Endlich Paulus II, 17, 13 (14): in eo contractu, qui ex bona fide descendit; das geht auf die emptio venditio. Die Stelle lässt sich doch nur so verstehen, dass sich der Kaufcontract als civiler d. h. klagbarer auf die bona fides gründet; schwerlich hatte sie nach dem ursprünglichen Zusammenhange einen anderen Sinn: sie wird mit der L. 2 § 1 D. 18, 1 Ulp. zusammentreffen.

Die Ausbeute ist also eine geringe: je ein Zeugniss von Paulus und von Justinian.

Möglich, dass in letzterem die justinianischen Juristen eigene Weisheit lehren; vielleicht aber auch liegt in ihm, wie in den wiederkehrenden Wendungen: ex bona fide descendere,

¹⁾ Gradenwitz, Interpolationen S. 109. 128 ff. — ²⁾ Namentlich wegen L. 14 § 11 D. 47, 2 Ulp.; s. Gradenwitz a. a. O. S. 129. Dernburg, Pand. II § 91 N. 11. — ³⁾ Lenel, edict. perp. S. 237 ff. — ⁴⁾ Eisele in Zeitschrift der Sav.-Stiftung Rom. Abth. Bd. 7 S. 30. Gradenwitz a. a. O. S. 46 ff. — ⁵⁾ Gradenwitz S. 109. — ⁶⁾ Gradenwitz S. 108.

oriri, eine Erinnerung an hierhergehörige Aeusserungen classischer Juristen.

Die Stelle des Paulus jedenfalls muss als ein wenn auch schwacher Beweis gelten.

Zur Unterstützung mag auf die allerdings praetorische actio funeraria hingewiesen werden, welche nach Ulp. L. 14 § 6 D. 11, 7 ex bono et aequo oritur. Daraus geht hervor, dass der Prätor die Klage aus dem bonum et aequum, welches sich wahrscheinlich irgendwie in der Formel fand¹⁾, ableitete. So mag es auch bei der actio rei uxoriae gewesen sein²⁾, und wir können uns hieraus ein Bild von dem wechselnden Verfahren machen, wie die Prätores verschiedener Zeiten neue Klagen einführten³⁾.

4. Die bonae fidei iudicia sind civile Klagen, aber durch Gesetz oder Gesetze sind sie nicht eingeführt worden: sine lege iudicia (Cic. de off. III, 15, 61).

Die römischen Juristen selbst verlegen ihren Ursprung in das ius gentium, und es ist für uns kein Grund vorhanden, an dieser von ihnen öfters bezeugten und für sie feststehenden Thatsache zu zweifeln.

Die fides bona ist eine Norm nicht des ius civile, sondern des ius gentium: beides sind entsprechende Begriffe⁴⁾. Ex fide bona und ex iure gentium sind daher von gleicher Bedeutung, und Paulus sagt einmal (L. 84 § 1 D. 50, 17):

is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus.

Es waren also ursprünglich Contracte des ius gentium, um die es sich hier handelt, und der bürgerliche Rechtsver-

¹⁾ Lenel, edict. perp. S. 182 f. — ²⁾ Welche Bewandniss es mit der conditio indebiti „ex bono et aequo introducta“ Papinians hat, darüber vgl. Bekker, Aktionen I S. 105 f. — ³⁾ Auch die späteren Fidesgeschäfte gingen ihre eigenen Wege: die Fideicommissa wurden durch das Kaiserrecht im Wege der extraordinaria cognitio klagbar gemacht; für die pacta begnügte sich der Prätor mit Gewährung von Exceptionen. — ⁴⁾ So erklärt es sich z. B. auch, dass in die Sprache der Gesetze der Ausdruck bona fide, richtiger fide bona, gar nicht eingedrungen ist: Pernice, Labeo II S. 75 N. 3. Dolus malus dagegen, wie fraus, waren altcivile Termini. — Aus gleichem Grunde lässt sich das höhere Alter der in factum concepta formula depositi und commodati gegenüber der in ius concepta vermuthen.

kehr drängte dahin, dass ihnen der Prätor die civile Klagbarkeit verlieh. Der Stadtprätor that es, indem er eine Klagformel¹⁾ aufstellte, welche auf *quidquid dare (facere) oportet ex fide bona* intendirte, und welche er vermuthlich aus dem Edict des Peregrinenprätors einfach übernahm. Auch die Formel nach diesem Edicte wird auf *oportet ex fide bona* abgestellt gewesen sein: die *fides bona* war eben das Princip, welches das Vertragsrecht des *ius gentium* beherrschte. Nun erklärt es sich, warum die *fides bona* die Grundlage auch der neuen civilen *iudicia* war, als welche wir sie bereits nach den bisherigen Ausführungen kennen gelernt haben. Es bleibt aber noch der Nachweis übrig, aus welchem Grunde der Stadtprätor für die neuen *iudicia* nicht die gewöhnliche, den Klagen aus den civilrechtlichen Obligationen eigene Formel mit dem blossen *oportet* aufgestellt haben wird.

5. Dem *oportet ex fide bona* als der obligatorischen Verpflichtung *ex iure gentium* müsste ein *oportet ex iure Quiritium* (= *ex iure civili*) entsprechen. Nun wird zwar das civile Eigenthum mittels dieses Zusatzes charakterisirt: *eius esse ex iure Quiritium*; aber neben dem *oportet* kommt ein gleicher nicht vor. *Oportet* an sich bedeutet mithin auf dem Gebiete des Civilrechts technisch die obligatorische Verpflichtung *ex iure civili*; nach civilistischer Terminologie steckt in dem *oportet* selbst ein *ex iure Quiritium*: das ist eben nichts Neues.

Hätte hiernach der Prätor, *qui inter cives ius dicit*, welcher also der Magistrat für die *iurisdictio* auf dem Gebiete des *ius civile* ist, aus den Verträgen des *ius gentium*, denen er die civile Klagbarkeit verschaffen wollte, eine Formel mit dem blossen *oportet* aufgestellt, so hätte er zu eigenmächtig das *ius civile* erweitert: das entsprach nicht der vorsichtigen Art, wie in solchen Dingen die Prätores zu Werke zu gehen pflegten. Auch wäre er bei solcher Formel Gefahr gelaufen, dass der *iudex* der damaligen Zeit ohne Prüfung

¹⁾ Für das *iudicium neg. gest.* ist uns auch ein die Klage verheissendes Edict überliefert; über die sich daran anknüpfende Frage s. Lenel, *edict. perp.* S. 85. Das gleiche Edict für das *iudicium depositi* und *commodati* hängt wohl sicher mit der *formula in factum concepta* zusammen.

des materiellen Streitverhältnisses freisprach; denn ein oportet lag eben nicht vor: ex iure civili wurde trotz eines prätorischen Edictes, bez. trotz einer vom Prätor aufgestellten formula nichts geschuldet.

So wurde denn eine Formel, welche auf oportet ex fide bona intendirte, geradezu gefordert. Sie gab dem iudex die nicht missverständliche Anweisung: nach ius civile ist die Sache nicht zu entscheiden, sondern nach fides bona, d. h. nach den Grundsätzen des ius gentium; sieh zu, ob Beklagter nach diesen schuldet, und dann verurtheile! Der iudex wusste, wie er diese Formel zu verstehen hatte, und die Praxis im civilen iudicium, gestützt auf die im iudicium recuperatorium, wird jedenfalls bald jede etwaige Schwierigkeit überwunden haben.

6. Die Formel lautete nach allen Zeugnissen: quidquid dare (facere) oportet; sonach dürfte das quidquid ursprünglich sein. Möglich, dass die condictio incerti, für deren Einführung Gaius im Gegensatze zur condictio certi und triticiaria kein Gesetz anzuführen vermag, gerade von den bonae fidei iudicia oder ähnlichen ausging.

Existenz der Leistungspflicht wie Inhalt der Leistung bestimmen sich darnach ex fide bona, d. h. nach den Grundsätzen des ius gentium. Darin liegt nicht nothwendig, dass der Richter von vornherein den Inhalt der Leistung nach freier Würdigung, ex bona fide im Sinne des classischen Rechts, bemessen sollte¹⁾. Auch für das ius gentium mag, wie für das ius civile, die Regel gegolten haben, dass für das Was der Leistung der wörtlich ausgesprochene Wille der Parteien allein massgebend sei. Andererseits war auch die condictio incerti i. e. S. stricti iuris.

So komme ich zu dem Ergebniss, dass die bonae fidei iudicia, trotz der Formelworte ex fide bona, ursprünglich stricti iuris waren²⁾. Den späteren bonaefidei-Charakter begann erst die Jurisprudenz aus der Clausel zu entwickeln;

¹⁾ Vgl. Pernice, Labeo I S. 416: „Es ist wol denkbar, dass eine Klage stricti iuris ist und doch der Fides ihren Ursprung verdankt.“ —

²⁾ In der Sache übereinstimmend Bekker, Bechmann, Bernhöft u. A.: s. Burckhardt a. a. O. S. 13 N. 31.

den Anfang dieser Entwicklung soll der folgende Abschnitt IV zu schildern versuchen.

7. Ist so die Klagbarkeit unserer *Contracte* mit dem *ius gentium* in Zusammenhang zu bringen, so reichen dieselben nicht über das sechste Jahrhundert der Republik zurück. Damit ist freilich für ihr Alter als civilrechtlich klagloser Verträge keine Grenze gezogen. Zweifellos mussten so gewöhnliche Lebensgeschäfte, wie z. B. Kauf und Miethe, schon frühzeitig in Rom formlos abgeschlossen worden sein; wir wissen, dass in gewissen Fällen das Zwölftafelrecht das Rechtsmittel der *pignoris capio* gewährte, und auch dieses mag auf längst eingebürgertem Gewohnheitsrecht beruhen.

Aber um deswillen allein ihnen schon zur Zeit des *Legisactionsprocesses* Klagbarkeit beizulegen, scheint mir nicht gerechtfertigt zu sein¹⁾. Die Erfüllung hing hier lediglich von der Vertragstreue der Partei ab (*fides* im subjectiven Sinne). Der ehrsame Bauer des alten Rom wird das in ihn gesetzte Vertrauen nicht leicht getäuscht haben. Zu anderen Zeiten war mehr Vorsicht geboten; schliesslich war noch der Eid ein wirksames, wenn auch nur mittelbares Zwangsmittel. Als auch er im Werthe fiel, half nur noch das eine Mittel: die *civile Klage*.

Mit dem Eintritte des rechtlichen Zwanges hörte nun die *fides* des Einzelnen auf, der entscheidende Factor zu sein; an ihre Stelle trat die *fides bona* als die objective Norm, auf welche sich die Klage selbst gründete²⁾.

8. Die *bona fides* ist die allen b. f. *iudicia* gemeinsame formale Grundlage: nur insofern bilden diese eine eigene Gruppe. Im übrigen sind die materiellen Rechtsgeschäfte selbst durchaus ungleichartig; es genügt, daran zu erinnern, dass sie theils Real-, theils *Consensualcontracte* sind, und dass die Verurtheilung aus den einen infamirend wirkt, aus den anderen nicht.

¹⁾ So denkt Bechmann, Kauf I S. 469 an die *legis actio sacramento* (s. noch S. 472); Baron, *Conditionen* S. 196 zweifelnd an die *legis actio per conditionem*. Früher (Bethmann-Hollweg, Keller, Huschke) überwies man unsere *iudicia* der *legis actio per iud. post.* —

²⁾ Bechmann, Kauf I S. 477 betont nur das erstere.

IV. Die Entwicklung des späteren bonae fidei-Charakters.

1. Haben die arbitria, in quibus additur ex fide bona, von Hause aus mit der classischen bona fides in ihrem vorzüglichsten Sinne nichts gemein, so erhebt sich die Frage: wo liegt der Anfang der Entwicklung zum späteren bonae fidei iudicium?

Vom Standpunkt der herrschenden Meinung, welche der Clausel ex fide bona, mag man sie nun für einen ursprünglichen Formeltheil halten oder nicht, von Anfang an die eine oder die andere Function der bona fides beimisst, wird eine befriedigende Antwort nicht leicht zu geben sein; denn wie kam man dazu, die Clausel in die Formel und gerade in die Formel dieser bestimmten iudicia einzufügen?

Von dem hier gelegten Grunde ergibt sich die Erklärung von selbst: man interpretirte die Clausel in einem anderen Sinne, als in welchem sie der Formel angehängt worden war.

Lässt sich nun eine Spur dieser neuen Interpretation entdecken?

2. Nach L. 38 § 1 D. 19, 1 Celsus haben Sextus Aelius und Drusus die actio venditi schon gekannt; der Thatbestand selbst scheint mir dies vorauszusetzen. Fraglicher ist, ob unter dem arbitrium, mittels dessen indemnitas servari potest, das iudicium venditi selbst zu verstehen ist¹⁾. Aber auch bei dieser Annahme giebt die Stelle, wie Bechmann bemerkt²⁾, keinen Anhalt für die bonae fidei-Natur der Klage.

Der erste Jurist, der diese Natur sicher bezeugt, ist Q. Mucius Scaevola P. M. bei Cic. de off. III, 17, 70:

Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur: ex fide bona, fideique bonae nomen existimabat manare latissime idque versari in tutelis societatibus, fiduciis mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur; in his magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.

¹⁾ Dafür Karlowa, Röm. Civilpr. S. 132 f. — ²⁾ Kauf I S. 637 f.

Mir scheint die Auslegung dieser Stelle von Bekker¹⁾ durchaus das Richtige zu treffen.

3. Wir kennen die Neigung des Mucius zum Generalisiren. Schon Kuntze²⁾ hat bemerkt:

„Vielleicht war es Scaevola, der die Clausel *ex fide bona* als die allgemeinere und die besondere *melius aequius* und *inter bonos agier oportet* als mit darunter begriffen erachtete (Cic. de off. 3, 15), was völlig mit der systematischen Richtung des Scaevola (L. 2 § 41 D. 1, 2) stimmt.“

So lässt es sich denken, dass Scaevola zuerst den neueren Begriff der *fides bona* aufstellte und darnach unter dem gemeinsamen Gesichtspunkte derselben die einzelnen *arbitria*, verschieden nach der Anlage ihrer Formeln, zu einem *genus* zusammenfasste.

Beides scheint mir die obige Stelle deutlich zu ergeben. Gehen wir die einzelnen Sätze durch!

4. Entgegen der bisherigen und ursprünglichen Bedeutung der Clausel *ex fide bona* in den bestimmten *arbitria* legte er derselben *summam vim*, also eine weitreichende Bedeutung, bei. Auf diese ausdehnende Auslegung wird er durch ihren Wortlaut selbst nicht gekommen sein; es ist nicht unwahrscheinlich, dass ihn die Formel der *actio fiduciae: uti inter bonos bene agier oportet*, „die genau das sagt, was m. E. das Wesen der *bona fides* ausmacht“³⁾, darauf geführt hat.

Sei nun auch die Clausel auf bestimmte *arbitria* beschränkt, so dehne sich doch der so festgestellte Begriff der *fides bona* viel weiter aus: *fideique bonae nomen existimabat manare latissime*, nämlich über jene *arbitria* hinaus auf andere *iudicia*, welche er in der folgenden Aufzählung mit anführt, ohne sie besonders erkennbar zu machen. Zu diesen letzteren gehört sicher die schon genannte *actio fiduciae*; ob noch andere für jene Zeit hierher zu stellen sind, wissen wir nicht. Doch ist es nicht unmöglich, dass die drei von ihm an erster Stelle erwähnten, auf die es ihm hier hauptsächlich ankam: *tutela*, *pro socio*, *fiduciae* jene Classe bilden⁴⁾.

¹⁾ Aktionen I S. 163 N. 12; dagegen Karlowa a. a. O. 129 N. 1. —

²⁾ Krit. Vierteljahresschrift Bd. 9 S. 517. — ³⁾ Pernice, *Labeo* II S. 94 a. E. — ⁴⁾ Bei Gaius IV, 62 stehen umgekehrt diese drei, zusammen

Denn alle diese iudicia, fährt er fort, träfen darin zusammen, dass es die Aufgabe eines sein Amt, sein officium richtig erfassenden iudex sei festzusetzen, was der eine dem anderen zu leisten habe, d. h. den Inhalt der Leistung zu bestimmen.

5. An dieser Auslegung zu zweifeln haben wir keinen Grund mehr, seitdem wir wissen, dass der hier von Mucius gelehrte Begriff der fides bona jedenfalls nicht der ursprüngliche war. Im Lichte dieser Thatsache gewinnt der Bericht Ciceros seine besondere Färbung.

Im einzelnen ist noch hervorzuheben:

a) Cicero entnahm die Stelle nicht aus dem Hauptwerke des Mucius, wie Karlowa (oben S. 195 N. 3) meint, sondern er berichtete aus seinem Gedächtnisse, was er von seinem Lehrer in der Rechtswissenschaft des öfteren gehört und von ihm gelernt hatte, und was nach dessen Vorgange geltendes Recht geworden war. „Dicebat“ heisst: er pflegte zu sagen. Es war also Scaevolas eigene Lehre, die er vortrug, und seinen Schülern war diese oft eingeprägte neue Lehre in Fleisch und Blut übergegangen, so dass Cicero wohl dessen eigene Worte wiedergeben konnte. Freilich mag es ihm dabei begegnet sein, dass er das iudicium rei uxoriae ausliess¹⁾; zwar ist sein Alter ungewiss, doch dürfte es Scaevola schon gekannt haben²⁾. Cicero wenigstens erwähnt es³⁾, und es ist kein Zufall, dass er gerade die iudicia ex bona fide, fiduciae und rei uxoriae zusammenstellt: er thut es ganz im Sinne Scaevolas.

b) Ebenso bezeichnet das „existimabat“ eine oft geäusserte, energisch vertretene (wegen des Imperfectum) subjective Mei-

mit dem iudicium rei uxoriae, an letzter Stelle. Ueber Hypothesen wird man nicht hinauskommen. Man kann an die infamirenden iudicia hierbei denken. Vielleicht auch ergab sich der bonaefidei-Charakter z. B. für das iudicium tutelae nur aus der Coexistenz der poenalen actionibus distrahendis, mittels welcher iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut [in] tutela XII tabulis (Cic. de off. III, 15, 61).

¹⁾ Dass in der Reihe der iudicia auch das commodatum, pignus und depositum fehlen, mag andere Gründe haben; s. Bekker, Aktionen I S. 166; Pernice, Labeo I S. 424 ff. — ²⁾ Vgl. Dernburg, Compensation² S. 101; Bekker a. a. O. S. 145 N. 32. — ³⁾ top. 17, 66; de off. III, 15, 61; pro Rosc. Com. 4, 11.

nung (*existimare*). Vor ihm kann es also noch nicht festgestanden haben: *fidei bonae nomen manare latissime*.

c) Auch der *magnus iudex* bliebe unerklärt, wenn bisher schon der Richter nach dem aufgestellten Princip zu urtheilen gewöhnt gewesen wäre. Dazu gehört keine „*magnitudo*“, zu thun, was alle thun und gethan haben.

d) Endlich lässt sich bei Cicero der Einfluss seines Lehrers auch darin erkennen, dass er, wie oben gezeigt, von der *fides bona* so selten und ohne die unmittelbarste Veranlassung nie, von dem Verhalten eines *vir bonus* so häufig spricht: seit Mucius waren dies synonyme Begriffe.

6. Nach Bechmann¹⁾ tritt uns der erste formulirte Satz der (neueren) *bona fides* bei Cicero *de off.* III, 16, 65 entgegen:

quidquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt (sc. iuris consulti), si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere.

Zur Anwendung brachte ihn Cato, der Vater des *Uticensis*, in dem von Cicero *ibid.* III, 16, 67 berichteten Process. Derselbe fällt ungefähr in die Mitte des siebenten Jahrhunderts, und Ciceros Erzählung beweist, dass sich der neuere Begriff der *fides bona* erst in den Anfängen der Entwicklung befand²⁾.

So werden wir auch hiernach auf das Zeitalter des *Scaevola* geführt, und nach allem liegt es nahe, dass dieser selbst der geistige Vater der neueren *bona fides* ist.

Dass er seine Theorie auch in anderer Weise praktisch zu verwerthen wusste, zeigt die von ihm in seinem asiatischen Edict aufgestellte *exceptio doli* (oben S. 172)³⁾.

¹⁾ Kauf I S. 653 f.; dazu Pernice, *Labeo* II S. 84 N. 40. 41. —

²⁾ Bekker, *Aktionen* I S. 164: „dass das Auffallende und Neue nicht sowol in dieser Formulirung (*sc. ex fide bona*), als in der daraus erfolgten Kondemnirung wegen *Dolus* gelegen hatte“. — ³⁾ Einen ähnlichen Vorgang aus classischer Zeit vgl. in L. 11 § 1 D. 4, 3 Ulp.

XI.

Zu Gaius.

Von

Herrn Professor **Eisele**
in Freiburg.

I.

Zu Gaius 1, 7.

In dieser Stelle sagt Gaius:

responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est, iura condere. quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id quod ita sentiunt legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi, idque rescripto divi Hadriani significatur.

Mit Recht bemerkt Krüger in seiner Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts S. 113, dass dieser Bericht in hohem Grade befremdend sei. Vor allem gilt dies von der Begriffsbestimmung der responsa: sie ist viel weiter, als was sonst unter responsa technisch verstanden wird, und passt eigentlich auf alle in irgend welchen Schriften autorisirter Juristen niedergelegte Meinungsäusserungen über juristische Dinge. Noch auffälliger findet Krüger die Angabe über den Inhalt des Rescripts Hadrians, wonach, wenn Uebereinstimmung aller iuris auctores vorliege, deren Ansicht gesetzliche Kraft habe: „dass alle gleichzeitigen privilegirten Juristen in einem Processe um ihr Gutachten angegangen wären, ist eine so fern liegende Möglichkeit, dass mit ihr gar nicht gerechnet werden konnte.“ Krüger sieht sich hierdurch zu der Annahme gedrängt, dass Gaius die communis opinio über einen Rechtssatz, welche legis vicem hatte (?), und die bindende Kraft der responsa der privilegirten Juristen vermengt habe. Indessen erscheint die Annahme, dass Gaius zwei so verschiedene Dinge verwechselt habe, nicht als wahr-

scheinlich. Sodann ist klar, dass die Auffälligkeit der in Rede stehenden Angabe zur Voraussetzung hat, dass die *sententiae*, von denen in denselben die Rede ist, eben *responsa* im technischen Sinne seien: wofür man sich denn allerdings auf die vorhergehende Definition berufen kann.

Auffallend ist die Angabe über den Inhalt des Hadrianischen Rescripts immerhin; aber nicht nur der Inhalt des Rescripts, sondern unseres Erachtens schon das ist auffallend, dass Hadrian über die *responsa prudentium* ein Rescript zu erlassen sich veranlasst sah. Das Institut der *responsa* bestand doch schon vor Hadrian lange genug; wie kommt es, dass erst Hadrian eine den Gebrauch derselben normirende Bestimmung gab? Das würde sich begreifen, wenn bezüglich der *responsa* oder ihrer Benutzung thatsächliche Aenderungen eingetreten wären, welche Zweifel erregten und kaiserliches Eingreifen wünschenswerth oder nothwendig machten; aber welcher Art waren diese Aenderungen?

Bekanntlich ist darüber Streit, ob es zulässig gewesen, sich auf ein für einen concreten Process ertheiltes *responsum* auch in einem anderen ähnlich liegenden Fall mit der Wirkung zu berufen, dass der *iudex* an dasselbe ebenso gebunden war, wie an ein für den concreten Process ertheiltes *responsum*. Dafür spricht sich z. B. Scheurl (Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts Bd. I S. 121 ff.), dagegen Karlowa (Römische Rechtsgeschichte I S. 660 f.) aus. Es wird wohl mit der Möglichkeit gerechnet werden müssen, dass hier eine Entwicklung stattgefunden hat. Diese würde in der Richtung liegen, dass zuerst das *responsum* nur für den Fall, für den es gegeben worden, in Betracht kam, später aber auch für ähnliche Fälle verwendet werden durfte. Ich möchte annehmen, dass dieser zweite Schritt sehr bald gethan wurde; man denke nur an die Arbeitsverschwendung, welche darin lag, wenn z. B. dieselbe Partei, die einen privilegirten Juristen um ein *responsum* angegangen und ein solches erhalten hatte, nach einiger Zeit in einer anderen Sache ein ganz gleiches *responsum* extrahiren musste! Dafür spricht auch, dass von den *responsa* gesagt wird, dass sie *legis vicem* haben; denn in *lex* liegt nach römischer Auffassung begriffsmässig das Generelle, über den einzelnen Fall Hinausgehende; man denke

nur an die Definition der *lex* von Capito bei Gellius (noct. att. 10, 20). Dafür scheint mir auch zu sprechen, dass Sammlungen von *responsa* veranstaltet wurden.

Ein weiterer und zwar nicht sehr grosser Schritt wäre gewesen, wenn man zugelassen hätte, auch auf ein *responsum* eines nicht mehr lebenden Juristen sich zu berufen. Dass dieser Schritt gemacht wurde, kann nicht zweifelhaft sein, denn es steht fest, dass man noch viel weiter gegangen ist. Aus der Constitution Constantins vom Jahre 321, welche in dem Titel *de responsis prudentum* des Codex Theodosianus an erster Stelle steht, ist zu ersehen, dass damals die Schriften der mit dem *ius respondendi* ausgestattet gewesenen Juristen überhaupt vor den Gerichten als bindende Autoritäten benutzt worden sind, nicht bloss ihre *Responsen-Sammlungen*. Will man nicht mit Puchta (Instit. I § 117) annehmen, dies sei von jeher so gewesen — eine Annahme, die alle Wahrscheinlichkeit gegen sich hat, bei der es namentlich unerklärlich ist, warum als Rechtsquelle des *ius scriptum* gerade die *responsa prudentium* aufgeführt werden —, so muss man die Frage stellen: wann ist diese Aenderung eingetreten?

So viel zu sehen, steht nichts der Annahme im Wege, dass dies schon geraume Zeit vor Constantin geschah. Nimmt man an, dass die Neuerung unter Hadrian begann, so lässt sich alles, was an der Auseinandersetzung des Gaius über die *responsa prudentium* Befremdliches ist, sehr gut verstehen, und dieser Umstand würde dann, beim Fehlen irgend welcher anderer Anhaltspunkte, für jene Hypothese einstweilen eine ausreichende Stütze abgeben.

Vor allem wird dadurch erklärt, wie Hadrian überhaupt dazu kommen konnte, in dieser Materie ein Rescript zu erlassen. Sobald die Geschworenen anfangen, die Berufung auf beliebige juristische Schriften autorisirter Juristen in dem Sinne zuzulassen, dass die Aeusserungen in diesen Schriften die Autorität von *responsa* haben sollten, mussten sich Zweifel und das Bedürfniss einer höheren Entscheidung namentlich in folgender Richtung ergeben.

Solange für den concreten Process ein *responsum* im eigentlichen Sinn erwirkt werden musste, wird es sich so

ziemlich von selbst gemacht haben, dass jede Partei nur ein responsum einholte; und wenn hier responsum gegen responsum stand, war wohl kein Geschworener je im Zweifel, dass er nicht gebunden sei. Oft genug wird auch die eine Partei kein dem der anderen entgegenstehendes responsum bekommen haben. Sobald man aber aus Responsensammlungen und vollends sobald man die Schriften autorisirter Juristen überhaupt citiren konnte, machte es je nach Umständen gar keine Schwierigkeit, für eine Ansicht die Aussprüche mehrerer Juristen anzuführen, und den Gegner, der für sich eine oder mehrere gegentheilige Autoritäten geltend machte, durch die Zahl zu überbieten. Sofort musste hier der Zweifel entstehen: entscheidet die Majorität — wie dies ja später, entsprechend dem Verfall der juristischen Bildung in den Richterkreisen, statuiert worden ist — oder soll die widersprechende Ansicht eines einzigen autorisirten Juristen genügen, um die Citate des Gegners zu beseitigen?

Auf diesen Punkt hat sich, wie wir meinen, Hadrians Rescript bezogen. Gaius berichtet uns nur den Inhalt desselben, nicht den Wortlaut; was er aber über den Inhalt berichtet, hat Hand und Fuss, wenn wir es auf den angegebenen Zweifelspunkt beziehen, sonst nicht. In doppelter Fassung wird das gesagt, was just das Gegentheil von dem ist, was gelten müsste, wenn die Majorität entscheidend wäre: *quorum omnium si in unum sententiae concurrunt*, nicht wenn die Mehrheit übereinstimmt; und: *si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi*, und nicht soll er gehalten sein, die Stimmen für und wider zu zählen und dann nach der Majorität zu entscheiden. Was Krüger als das auffallendste an dem Bericht des Gaius bezeichnete, hat bei der hier angenommenen Beziehung seinen ganz guten Sinn.

Dass dem Geschworenen zugemuthet worden sei, die ganze von privilegirten Juristen herrührende juristische Litteratur in jedem einzelnen Falle, wo eine Partei einen oder mehrere Juristen für sich citirte, daraufhin durchzusehen, ob sich keine entgegenstehende Ansicht finde, wird wohl niemand annehmen; eben darum wird man auch dem Gaius keinen Vorwurf daraus machen wollen, dass aus dem Wortlaut seines Berichts jene

ungeheuerliche Ansicht allerdings nicht widerlegt werden kann: sie bedarf einer Widerlegung überhaupt nicht. Dahingestellt muss aber bleiben, ob für den Geschwornen lediglich das von den Parteien gelieferte Material entscheidend war oder ob er z. B. dann, wenn von der Gegenpartei eine entgegenstehende Aeusserung nicht vorgelegt, eine solche aber dem Geschwornen bekannt war, verpflichtet war, eigene Prüfung eintreten zu lassen. Denn mit dem Satze, dass der Richter das objective Recht von Amtswegen zu erforschen hat, lässt sich eine rechtsgeschichtliche Frage natürlich nicht erledigen.

Ein drittes Bedenken, welches sich nunmehr ganz von selbst erledigt, betraf die Definition der responsa. Indem Hadrian die Benutzung aller Schriften der autorisirten Juristen regelte, sanctionirte er zugleich ihre Gleichstellung mit den eigentlichen responsa. Gaius giebt uns in seiner Definition nicht den ursprünglichen Begriff, sondern den erweiterten Begriff, wie er zu seiner Zeit in praktischer Geltung war und wie er schon in dem Rescript Hadrians Anerkennung gefunden hatte; für diesen sind die Worte „*sententiae et opiniones eorum quibus permissum est iura condere*“ vollkommen zutreffend.

II.

Zu Gaius 4, 16.

In meiner Recension der Habilitationsschrift von Lotmar „zur legis actio sacramento in rem“ in der Münchener kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 19 S. 515 habe ich die Stelle *adversarius quoque dicebat similiter et ego te scilicet L asses u. s. w.* durch Einschaltung einer Zeile wie folgt zu verbessern gesucht:

adversarius quoque dicebat similiter et e contrario respondebatur. et si de re minoris quam M aeris agebatur scilicet L asses sacramenti nominabant.

Diese Conjectur ist a. a. O. allerdings nur sehr kurz begründet und nimmt sich daher etwas tumultuarisch aus. Eine eingehendere Begründung, die ich ursprünglich in einer ausführlichen Schrift über die Passivlegitimation bei den dinglichen

Klagen des römischen Rechts zu geben beabsichtigte, lege ich im Nachstehenden vor.

1. Dass in den ersten Zeilen der Seite 194 der Veroneser Handschrift des Gaius eine Lücke vorhanden ist, kann keinem Zweifel unterliegen. Die Worte lauten:

adversarius quoque dicebat similiter et ego te scilicet
L asses sacramenti nominabant.

Zu einem Satz können diese Worte unmöglich verbunden werden; andererseits fehlt für die Worte *scilicet* — *nominabant*, die für sich als Satz gedacht werden können, jeglicher Anschluss an das vorhergehende. Dazu kommt noch folgendes. Haben beide Theile bei kleinem Streitwerth die kleine Sacramentssumme genannt (*nominabant*), so nannten sie natürlich auch beide gegebenen Falles die grosse. Im vorhergehenden wird, nach dem überlieferten Texte, weder eine diesem Postulat entsprechende Spruchformel des Beklagten (d. h. des *adversarius* desjenigen *qui prior vindicaverat*) angegeben, noch wird berichtet, dass er in derselben Weise, wie von dem *prior vindicans* genau angegeben worden, den zweiten Theil des Vindicationsrituals, „*postulo anne dicas*“ und *provovare sacramento*, durchgemacht habe. Den zuletzt erwähnten Uebelstand hat zwar Huschke in seiner Ausgabe des Gaius dadurch zu beseitigen gesucht, dass er die in dem *Passus qui prior vindicabat postulo* u. s. w. augenscheinlich vorhandene Lücke in folgender Weise ausfüllte:

*qui prior vindica(verat, ita adversarium et rursus post
is alterum interroga)bat,*

wobei er von der an sich ganz unverfänglichen Unterstellung ausgeht, dass der Abschreiber eine Zeile ausgelassen habe. Dagegen ist aber schon von Lotmar (a. a. O. S. 25 S. 135 f.) in durchschlagender Weise eingewendet worden, dass der Bericht des Gaius „sonst durchweg nicht ein zusammenfassender, sondern ein chronologischer ist, welcher die zeitlich aufeinander folgenden Thätigkeiten auch nacheinander zur Darstellung bringt“, und dass Gaius, wenn er soeben über beide Parteien etwas gesagt hatte, doch schwerlich ohne weiteres fortfahren konnte „*ille respondebat*“. Um einen hinlänglich beglaubigten Text zu verwerfen, möchten diese Bedenken kaum

schwer genug wiegen; sie genügen aber vollständig (und auch abgesehen von der Holperigkeit der Worte *et rursus is post alterum*) zur Ablehnung einer blossen Conjectur. Unbedenklich ist Lotmars Ergänzung *qui prior vindicabat, dicebat*; wohl noch besser die von Krüger-Studemund: *qui prior vindicaverat, ita alterum interrogabat*.

2. Den Sitz der in Frage stehenden Lücke werden wir, wenigstens vorläufig, da zu suchen haben, wo in dem jetzt bestehenden Texte der Zusammenhang in der Construction abreißt, also zwischen *te* und *scilicet*.

Was hat nun in dieser Lücke gestanden?

Zunächst kann nicht zweifelhaft sein, dass Gaius die schon im § 15 aus § 14 wiederholte Bemerkung, bei Objecten unter 1000 Assen habe die Sacramentsumme 50 Asse betragen, abermals einschärft, weil er in die zuvor mitgetheilten Formeln überall die grössere Sacramentssumme eingestellt hatte. Man wird annehmen dürfen, dass eine solche Erinnerung, die eine frühere gleiche wiederholt, etwas kürzer ausfällt als die frühere. So finden wir denn auch, dass die Worte des § 15: „*illud ex superioribus intellegimus*“ in das eine Wort „*scilicet*“ kurz und bündig zusammengefasst sind; der in Bezug auf dieses *scilicet* von Krüger-Studemund ausgesprochene Verdacht der Corruption scheint mir ganz unbegründet zu sein. Zu diesem *scilicet* gehört aber etwas, was dem Sinne nach den Worten „*si de re minoris quam M aeris agebatur*“ des § 15 entspricht. Kürzen wir auch hier etwas ab, so könnte es heissen haben: *in re minoris M aeris scilicet L asses sacramenti nominabant*.

Die Ergänzung von Krüger-Studemund: *scilicet si de re maioris quam M aeris agebatur, D, si de minoris, L asses sacramenti nominabant*, missfällt uns aus zwei Gründen. Sie ist noch ausführlicher, als der entsprechende Passus im § 15, wo von dem sacramentum maius keine Rede ist. Diese Breite wurde ohne Zweifel beliebt, um die erforderliche Anzahl von Buchstaben für eine ausgefallene Zeile zu gewinnen. Auf diese Art wird aber dem unter 1. betonten Uebelstande nicht abgeholfen, dass in dem vorliegenden Texte etwas fehlt, was durch das *nominabant* gefordert wird: eine Formel des Beklagten, welche das maius sacramentum wörtlich ent-

hält (nominat), oder aber die Notiz, dass Beklagter eine in dieser Beziehung der klägerischen entsprechende Formel gesprochen habe. Wollten wir diesem Uebelstande abhelfen und die Krüger-Studemundsche Ergänzung beibehalten, so müssten wir eine Lücke vor und eine Lücke nach dem Worte *scilicet* annehmen. Es ist aber durchaus nicht wahrscheinlich, dass zwischen zwei erheblichen Lücken das Wort *scilicet* stehen geblieben sei. Wir haben uns also auf eine Lücke einzurichten, die ihre Stelle zwischen *te* und *scilicet* hat, und es gilt, in dieser Lücke ausser dem, was wir soeben angenommen haben, noch dasjenige unterzubringen, was wir oben unter 1. vermissten.

3. Auf Grund des überlieferten *nominabant* desiderirten wir oben, es müsse in der Lücke noch gestanden haben entweder eine Provocationsformel, in welcher der Beklagte, seinerseits den prior vindicans provocirend, gleichfalls die Sacramentssumme nannte, oder aber ein wenn auch noch so kurzer Bericht, dahin gehend, dass Beklagter den prior vindicans ebenso provocirt habe, wie dieser jenen.

Versuchen wir es einmal in der ersten Richtung. Dabei wäre es das einfachste, die im Text stehenden Worte, welche sich durch die directe Redeform als Formelworte geben, so zu ergänzen, dass das Vermisste dasteht; also entweder *et ego te D aeris sacramento provoco*, oder *similiter et ego te D aeris sacramento provoco*. Ziehen wir, gemäss der letzteren Alternative, das *similiter* (mit Krüger-Studemund) zum Formular, so würde der Beklagte durch dies Wort andeuten, dass er den prior vindicans aus denselben Gründen, wie dieser ihn, jetzt seinerseits provocire, also deshalb, weil derselbe iniuria vindicavit. In dem *similiter* würde dann implicite die Behauptung „iniuria vindicavisti“ gegenüber dem prior vindicans enthalten sein. Aber eine solche Behauptung setzt doch wieder das „ius peregi“ u. s. w. und dieses wieder das „postulo anne dicas“ mit Nothwendigkeit voraus, und dass auch dieses alles durch das Formelwort *similiter* habe ersetzt werden sollen und können, ist doch schwer zu glauben. Erstlich stimmt es doch gar zu schlecht zu der sonstigen feierlichen Schwerfälligkeit, die der legis actio sacramenti eigen ist. Sodann konnte es doch wohl kaum der einen Partei ge-

stattet sein, ohne weiteres eine bestimmte Antwort des Gegners auf die *postulatio* zu unterstellen und daraufhin dann auch noch die *postulatio* selbst zu unterlassen. Endlich — und das allein schon scheint uns durchschlagend zu sein — hat der *adversarius* nur gesagt „*similiter et ego te D aeris sacramento provoco*“, so konnte Gaius unmöglich sagen: „*adversarius quoque dicebat*“; denn so, wie er den *adversarius* reden lässt, hat der *prior vindicans* eben nicht geredet.

Zieht man aber, mit Lotmar, das *similiter* zum Bericht, so entspricht auch das nicht der wirklichen Sachlage; denn habe der *adversarius* nun bloss „*et ego te*“ oder dazu noch „*D aeris sacramento provoco*“ gesagt: in beiden Fällen ist sein *dicere* von dem des anderen wesentlich verschieden; es ist unmotivirt, während das des Klägers motivirt war.

Wollte man aber, um allen diesen Schwierigkeiten zu entgehen, annehmen, Gaius habe auch seitens des *adversarius* *Postulation* und *Provocation* nebst dazwischen liegender Antwort des *prior vindicans* formelmässig mitgetheilt, so ist für das *similiter* kein Platz — dass in der Formel die *Correspondenz* noch constatirt worden, die doch in der Formel selbst schon augenscheinlich lag, ist nicht glaublich — und überdies wäre die Lücke viel grösser, als mit Wahrscheinlichkeit angenommen werden könnte.

4. Alle diese Schwierigkeiten weisen uns auf die zweite Alternative: Gaius hat nur zusammenfassend berichtet, was der *adversarius* that, und dessen Formeln nicht in *extenso* mitgetheilt. Dafür spricht positiv und unseres Erachtens in schwerwiegender Weise, dass Gaius bezüglich des ersten Abschnittes des *Vindicationsverfahrens*, wo eine wörtliche Wiederholung der Formel sogar weniger umständlich gewesen wäre als hier, ebenso verfahren ist. Dort sagt er:

adversarius eadem similiter dicebat et faciebat.

Da in unserem *Passus* sogar das *similiter* wiederkehrt, werden wir mit grosser Wahrscheinlichkeit annehmen dürfen, dass die Worte „*adversarius quoque dicebat similiter et*“ in der That einem kurz zusammenfassenden Bericht angehören. Auf das *et* kann hier nicht folgen *faciebat*, denn in diesem Theil des Verfahrens wird nur gesprochen. Dagegen musste erwähnt werden, dass der Gegner des *adversarius* in ähnlicher

Weise antwortete, wie in der vorausgegangenen Darstellung dies von dem *adversarius* selbst angegeben worden war. Kann ein dieses ausdrückender Zusatz nach *et* und vor *scilicet* so eingeschaltet werden, dass im ganzen nur der Ausfall einer Zeile angenommen zu werden braucht, so haben wir eine abgerundete Darstellung des Gaius und ein Ergebniss, bei welchem alle die vorhin erwähnten Schwierigkeiten vermieden sind.

Aber dem stellen sich die fünf Buchstaben *egote* ganz entschieden entgegen. Sollte daran eine vernünftige Ausfüllung der zweifellos vorhandenen Lücke scheitern müssen? Verecundia gegenüber dem überlieferten Text ist eine schöne Sache; aber auch in einem solchen Fall? und gegenüber einem Abschreiber wie derjenige, der die Veroneser Handschrift gefertigt und gerade an dieser Stelle zweifellos aus Nachlässigkeit mehr oder weniger ausgelassen, höchstwahrscheinlich aber eine Zeile seiner Vorlage übersprungen hat? Wir meinen, das hiesse die Vorsicht bis zur Unkritik übertreiben, und finden nach der bisher dargelegten Sachlage die Annahme, in dem *egote* stecke eine Verderbniss des Textes, völlig unbedenklich. Dazu kommt, dass sich in völlig ungezwungener Weise erklären lässt, wie gerade hier der Abschreiber irre gehen konnte. Ist nämlich, was wir als das Wahrscheinlichste anzunehmen haben, zwischen *egote* und *scilicet* eine Zeile aus Versehen weggelassen worden, so stunden die den Buchstaben *egote* entsprechenden Buchstaben in der Vorlage des Schreibers am Ende der Zeile, welche der übersprungenen voranging; bekanntlich werden aber in den Handschriften (und so auch im Cod. Veron. des Gaius) die Buchstaben am Ende einer Zeile häufig erheblich kleiner und darum undeutlicher, so dass die Möglichkeit, sie falsch zu lesen, eine grössere ist. Es käme also darauf an, an Stelle der Buchstaben *egote* oder eines Theiles derselben ähnliche Buchstaben zu setzen.

5. Das *provocare sacramento* seitens des prior vindicans hat Gaius als *dicere* bezeichnet; auch das vorausgehende *postulare* konnte er füglich so bezeichnen; nach Lotmars Restitution hätte er es gethan. Umsomehr konnte er in dem auf die formelgemässe Darstellung folgenden Bericht beides, das *postulare* und das *provocare*, mit dem Worte *dicere* zu-

sammenfassen, und wir dürfen also annehmen, dass auf das *et*, welches sich an den Bericht „*adversarius quoque dicebat similiter*“ anschliesst, nur noch das gefolgt ist, was danach noch fehlt, nämlich die Angabe, dass der Gegner des *adversarius* auch *similiter* (und darin liegt: zwischen *postulare* und *provocare*) geantwortet habe. Auf Grund dessen habe ich, was ich auch jetzt noch für richtig halte, das noch Fehlende in möglichster Kürze und unter möglichstem Anschluss an die Buchstaben *egote* so ergänzt: *eco[n]tr||ario respondebatur*. Dass diese Ergänzung sachlich dem, was wir verlangen mussten, entspricht, ist klar; es sind zu ihrer Rechtfertigung nur einige formelle Bemerkungen erforderlich. Die eine betrifft die Ersetzung der Buchstaben *egote*. In dem was wir an die Stelle setzen, sind die Buchstaben E, O, T beibehalten. An die Stelle von G ist C getreten, was keiner Rechtfertigung bedarf. An die Stelle von E den Buchstaben R zu setzen, dürfte denn doch nicht allzu kühn sein, namentlich in Betracht, dass das R in der Vorlage der letzte Buchstabe der Zeile, also wohl am undeutlichsten geschrieben war.

Die andere betrifft den Ausdruck *e contrario*. Derselbe, wie oft auch der verwandte Ausdruck *ex diverso*, besagt, dass in einem vorher besprochenen Verhältniss eine Umkehrung stattgefunden, insbesondere auch eine Umkehrung in einem Parteiverhältniss; daher denn auch die Bezeichnung *actiones contrariae*. So sagt Gaius II, 52, nachdem er vorher von Fällen gesprochen, wo jemand der vorhandenen *bona fides* ungeachtet nicht ersitzt: *rursus ex contrario accidit, ut qui sciat alienam rem se possidere, usucapiat*, und speciell von Umkehrung der Parteirollen heisst es IV, 3: *actio ex diverso adversario* (dem, der in den vorher benannten confessorischen Klagen Beklagter war) *est negativa*. Auch das *similiter*, welches in unserer Stelle zu dem *e contrario respondebatur* zweifelsohne hinzuzudenken ist, findet sich in einer anderen Gaiusstelle, Dig. 10, 2, 19 in Zusammenhang mit dem sinnverwandten *ex diverso*:

Item ex diverso similiter prospicere iudex debet,
ut quod unus ex heredibus ex re hereditaria percepit,
non ad eius solum lucrum pertineat.

Der Gegensatz war, wie das Folgende zeigt, dass einer der

Erben für die Erbschaft Auslagen gemacht hat und dergl.; das eine Mal spricht er von den Miterben etwas an, das andere Mal umgekehrt diese von ihm. Vgl. noch *e contrario* bei Celsus D. 8, 6, 6 § 1 und bei Africanus 3, 5, 48 (49) und 39, 1, 15. *E contrario* bedeutet also „umgekehrt“, d. h. mit Umkehrung der Rollen, so also, dass jetzt derjenige antwortet, der vorher gefragt hatte.

Uebrigens unterscheidet sich unsere jetzige Restitution von der früheren in einer Kleinigkeit: das verbindende *et* zwischen *respondebatur* und *si de re minoris* u. s. w. lassen wir jetzt weg und setzen in Folge dessen statt *si de re agebatur* kürzer (vgl. oben S. 205) *in re*. Dies scheint dem vorwärts drängenden und Verbindungspartikeln verschmähenden Gang des Berichts, wie er sonst im § 16 sich darstellt, besser zu entsprechen; vgl. *adversarius eadem* u. s. w., *cum uterque vindicasset* u. s. w.; *illi mittebant*; *qui prior vindicaverat* u. s. w.; *ille respondebat*.

6. Unser Vorschlag vermeidet die Schwierigkeiten, welche sich erheben, wenn man, an dem überlieferten Text festhaltend, in der in Rede stehenden Lücke Formelworte restituieren will, und genügt dem, was man auf Grund des überlieferten Wortes *nominabant* postulieren muss, vollständig. Er nimmt allerdings an, dass der Abschreiber zwei Buchstaben, die in seiner Vorlage am Ende einer Zeile standen, falsch gelesen habe und ändert diese zwei Buchstaben: gewiss ein sehr bescheidener Eingriff. Wir meinen, dass nicht allzu häufig bei einer offenbar nicht in Ordnung befindlichen Stelle ein lesbarer und den inhaltlich zu stellenden Anforderungen entsprechender Text mit so geringem Opfer erkaufte wird. Wir möchten überdies zu Gunsten unseres Vorschlages — der unseres Wissens wenig oder gar nicht beachtet worden ist — noch folgendes geltend machen.

a) Es wird durch denselben der Bericht des Gaius harmonisch abgerundet. Wie die Worte *in re minoris M aeris scilicet L asses sacramenti nominabant* der Bemerkung in § 15: *illud ex superioribus intellegimus* u. s. w. entsprechen, so ist der Passus *adversarius quoque dicebat similiter et e contrario respondebatur* die Parallele zu *adversarius eadem similiter dicebat et faciebat*. Diese Parallele ist so schlagend, dass

man sich wundern muss, dass man in den überlieferten Worten *adversarius quoque dicebat similiter* überhaupt etwas anderes als ein zusammenfassendes Referat über das Thun des *adversarius* hat sehen können.

b) Was wir suppliren: *ario respondebatur in re minoris m̄ aeris* macht im ganzen nicht mehr Buchstaben aus, als füglich in einer Zeile der Vorlage gestanden haben können.

c) Unsere Ergänzung *e contrario* macht erklärlich, wie der Abschreiber eine Zeile weglassen konnte, und wird also, da die Lücke von vornherein auf Auslassung einer Zeile mit grosser Wahrscheinlichkeit hinweist, auch von dieser Seite her unterstützt. Auslassung einer Zeile erklärt sich namentlich dadurch, dass zwei aufeinander folgende Zeilen gleiche Anfangsbuchstaben haben. Nach unserer Ergänzung würde nun die Vorlage des Cod. Veronensis folgendes gehabt haben:

. ADVERS
ARIUSQ[UE]DICEBATSIMILITERETECO[N]TR
ARIOR[E]SPONDEBAT[UR]INREMINORISMAERIS
SCILICET

Soll diese Vermuthung plausibel sein, so müssen die beiden supponirten vollen Zeilen der Vorlage ungefähr gleich viel Buchstaben enthalten. Dies aber ist der Fall. Die Zählung ergiebt unter Weglassung der eingeklammerten Buchstaben (welche durch die üblichen Abkürzungen der Handschrift gerechtfertigt bzw. geboten ist¹⁾) für die erste Zeile 30, für die zweite 31 Buchstaben. Möglich wäre ja auch, dass in der Vorlage stand *ECONTR* und dass das *N* vom Abschreiber weggelassen wurde. Dass es Handschriften dieses Alters mit 30 und 31 Buchstaben in der Zeile gab, steht fest (vgl. Krüger in Bd. 8 S. 83 f. dieser Zeitschrift). Es lässt sich aber überdies noch nahezu mit Gewissheit feststellen, dass die Vorlage des Cod. Veron. in der That Zeilen von dieser Buchstabenzahl enthalten hat. In IV, 62 ist nämlich dem Schreiber der Veroneser Handschrift ein Versehen entgegengesetzter Art von dem, welches in § 16 anzunehmen ist, begegnet: er hat eine Zeile zweimal abge-

¹⁾ *Similiter* kommt zwar auch abbrevirt vor, doch ist es auch oft ausgeschrieben, im Cod. Veron. z. B. auf S. 52 Z. 12 und S. 193 Z. 19.

schrieben. So ist doch wohl auf S. 212 Zeile 5 und 6 der Handschrift die Wiederholung der Buchstaben *dati* (Rest von *mandati*) *depositi fiduciae p[ro] socio tutelae* aufzufassen; wie im § 16 Auslassung einer ganzen Zeile die einfachste und darum wahrscheinlichste Erklärung des Verderbs ist, so hier zweimaliges Abschreiben einer ganzen Zeile. Das doppelt Geschriebene enthält aber je 32 Buchstaben. Unsere Ergänzung stimmt also zu der Zahl der Buchstaben einer Zeile der Vorlage und so kommen wir von dieser Seite her zu einer Erhärtung des sub b. als möglich Bezeichneten.

Es kann sein, dass das alles nur zufällig so zusammenstimmt. Ob eine solche Annahme mehr Wahrscheinlichkeit für sich habe als die, dass unsere Ergänzung der Lücke richtig sei, darüber möge nun der geneigte Leser sich schlüssig machen.

XIII.

Beiträge zur Publiciana.

Von

Herrn Professor Dr. **H. Erman**
in Lausanne.

I.

C. Appleton, Histoire de la propriété prétorienne et de l'action Publicienne. Paris 1889. 2 voll. (382 und 383 SS. Text).

Unter vorstehendem Titel hat der Professor des römischen Rechts an der Lyoner Rechtsfacultät C. Appleton eine tiefgreifende und meisterhaft klare Bearbeitung der Publiciana und aller an sie — zumal seit Schulin — anknüpfenden Streitfragen veröffentlicht.

Darüber sind Kritiken von Ferrini, Buonamici, Brezzo, Bonfante und neuestens von Audibert erschienen ¹⁾.

¹⁾ Ferrini im Mailänder Monitore dei Tribunali vom 7./9. 1889. Buonamici und Brezzo im Archivio giuridico Bd. 43 S. 207—252 und

Brezzo bringt viel Selbstständiges, aber oft auch Anfechtbares. Seinen Widerspruch gegen Schulin-Appleton begründet er genauer in der tüchtigen Schrift: *Rei vindicatio utilis* (Torino 1889; 245 SS.).

Ferner ist Appleton nebst den Kritiken von Buonamici und Brezzo noch zum grossen Theil berücksichtigt bei

Evaristo Carusi *l'azione Publiciana in diritto Romano*
Roma 1889. 219 SS.

Eine Anfängerarbeit, gewidmet 'al mio maestro Scialoja', aber klar und kritisch gedacht, flott geschrieben und mit guter Litteraturbenutzung ¹⁾.

Unter Berücksichtigung dieser Kritiken soll im Folgenden über Appletons Buch in Kürze berichtet werden, um dann einige Hauptfragen der Publiciana eingehender zu untersuchen.

Appletons Buch ist durch und durch sorgfältig.

So im Aeussern: systematisches und alphabetisches Register, Quellenregister, fortlaufende Nummern auf dem inneren Seitenrand. Ferner wenig Druckfehler, auch in den Citaten.

So vor allem inhaltlich. Er hat seit 1885 Aufsätze über die Publiciana veröffentlicht, und diese jahrelange Arbeit, die 'longue, patiente et parfois fastidieuse étude' (II p. 130) macht sich allenthalben geltend. Quellen und Litteratur, insbesondere die deutsche, sind sorgfältig erwogen. Jede Behauptung ist durchdacht und der massenhafte Stoff zum wohlgeordneten System ohne Lücken und ohne Abschweifungen zusammengearbeitet.

Aber auch die Schattenseite fehlt nicht. Bei diesem jahrelangen Mitsichherumtragen seiner Ideen hat er sich in sie eingelebt, und so sind trotz der besten Forschungsgrund-

S. 267—299, Bonfante, *Rivista italiana per le science giuridiche* 1890, p. 94—104, Audibert: *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger* 1890 S. 269—297.

¹⁾ Ein erster systematischer Theil behandelt die Edictsrestitution (52 SS.), die vorjustinianische Publiciana (51 SS.) und die justinianische (18 SS.), dann folgt ein exegetischer Commentar zu D. 6, 2. — Bei-
läufig: für D. (6, 2) 12 § 1 widerspricht der exegetische Theil (S. 210) dem systematischen (S. 102).

sätze und -Vorsätze¹⁾ ihm Dinge zu Gewissheiten geworden, die höchstens den Werth von Hypothesen haben²⁾).

Eine solche illusorische Gewissheit ist vor allem die Grundidee des Werkes 'la propriété prétorienne'.

Es ist das eine species nova, zusammengeschmolzen aus Ideen von Scheurl, Huschke und Schulin und manchem eigenen, aber Appletons Eigenthum vor allem durch die energische Zusammenfassung zur begriffsmässigen Einheit³⁾).

Die 'propriété prétorienne', das von der Publiciana geschützte Verhältniss zur Sache, ist für Appleton ein einheitliches Billigkeitseigenthum, was von den civilen Regeln nicht bloss für seine Begründung, sondern allenthalben unabhängig ist.

Sein Wesen werde durch das eine Wort 'relativ' bezeichnet.

Das Civileigenthum sei allenthalben absolut: es besteht gegen alle oder gar nicht, und es wird für immer übertragen oder gar nicht, und zwar noch unter und nach Justinian: *πρόσκαιρος . . οὐκ ἔρρώται δεσποτεία* (Stephan. zu Bas. 16, 1, 4). Dagegen das prätorische Eigenthum sei nach beiden Richtungen hin relativ.

Persönlich, denn nicht allein der bonae fidei possessor

¹⁾ Z. B. I p. 22. 23: il faut de toute nécessité appeler à son aide une méthode très rigoureuse, pour éviter de se perdre dans le vague des conjectures plus ou moins plausibles. Il importe . . de mettre toutes les doctrines . . à l'épreuve du doute systématique . . de ne rien laisser d'inexploré, si mince que puisse paraître le détail etc. — ²⁾ In einem mir zur Einsicht gesandten schriftlichen Nachtrag über Formel-auslegung und Edictsrestitution nimmt denn auch Appleton neuestens mehrere der diesbezüglichen Aufstellungen seines Buches zurück. Darüber unten in diesen beiden Capiteln. — ³⁾ Brinz, Zum Rechte der bonae fidei possessio, München 1875, mit dessen Aufstellungen Appletons Theorie sich vielfach berührt, ist demselben leider unbekannt geblieben. Das zeigt sein Buch und das bestätigt ein Brief Appletons an mich. — Uebrigens fragt er darin nicht ohne Grund, ob nicht aus diesem Zusammentreffen 'il résulterait une certaine confirmation des idées de Brinz. Il faut qu'elles soient bien justes en effet puisqu'une autre personne . . . soit arrivée . . par une voie parfois différente au même résultat'. Dass Appleton bei seiner ausgedehnten Litteraturbenutzung (p. VII–IX) diesen wichtigen Aufsatz übersehen hat, erklärt sich, da er anfänglich nur die Publiciana behandeln wollte und erst zuletzt hinter ihr die 'propriété prétorienne' erkannte (I p. 23).

werde nur relativ geschützt, sondern manchmal auch der Erwerber a domino, der Bonitarier. So z. B. der Käufer, dem ohne Preiszahlung oder Creditgewährung die Sache übergeben wurde, denn die Publiciana, die Gaius D. (6, 2) 8 und die Bas. (15, 2) 8 ihm zusprechen, versagt gegen den Verkäufer 'si forte . . iustam causam vindicandi habeat' D. (21, 3) 1 § 5, also bei Insolvenz des Käufers: D. (14, 4) 5 § 18 und bei Resolution des Kaufes (Appleton Nr. 340).

Und gerade weil das prätorische Eigenthum persönlich relativ war, habe man es auch unter Resolutivbedingung übertragen können mit ipso iure Rückfall. Bei dem gegen alle wirkenden Civileigenthum würde darin eine Aufopferung der Dritten gelegen haben¹⁾. Anders bei dem prätorischen Eigenthum, d. h. der Publiciana. Ihr Wiederaufleben habe gegen die Dritten nicht weiter gereicht, als die replicatio doli gegen deren Einrede des Eigenthums oder des publicianischen Besitzes, d. h. also gegen den Veräußerer, gegen seine Universal- oder Lucrativnachfolger und gegen seine Pfandnehmer: D. (44, 4) 4 § 30. Dagegen oneroser Erwerb eines Dritten habe das prätorische Eigenthum zerstört oder aber sein Wiederaufleben verhindert (Appleton Nr. 327—330).

Kann man den bonae fidei possessor, der noch beim Usucapiren ist, schon als Eigenthümer ansehen? Darauf antwortet Appleton (Nr. 369) mit einer eigenthümlichen Wendung des bekannten 'werdenden Eigenthums'.

Aller Eigenthumsschutz entspringt dem Gedanken, dass im Eigenthum die Person angegriffen wird. Angegriffen wird sie aber, weil durch die Gewöhnung an die Sache der Eigenthümer sie als Theil seiner selbst ansieht. Also das Eigenthum beruht auf der 'accoutumance'. Daher die Ersitzung. Hier wird durch die accoutumance das alte Eigenthum zerstört und ein neues begründet. Aber der Ablauf der Ersitzungsfrist vollendet nur die Wirkung der Gewöhnung, begonnen hat dieselbe schon am Tage des Besitzerwerbs. An diesem Tage hat sich das Band zwischen dem Erwerber und der Sache zu knüpfen, das Band zwischen Eigenthümer

¹⁾ Aber auch die Hypothek, geschaffen vom Prätor und den Kaiserjuristen, opfert die Dritten auf! — ebenso Audibert a. a. O. S. 291.

und Sache zu lösen angefangen. Der Ablauf der Ersitzungsfrist bringt nur diese beiden Entwicklungen zum Abschluss¹⁾. Dies prätorische Billigkeitseigenthum überlebt nun nach Appleton das civile, so oft dessen Untergang unbillig wäre.

Hier folgt er Schulins Theorien, indess mit eigenartiger Begründung durch eine neue Formelauslegung (*anno* = seit einem Jahr) und dementsprechend mit wesentlichen Einschränkungen. Er nimmt die *Publiciana* (das prätorische Eigenthum) als fortbestehend an nach unbilliger Ersitzung, nach *pictura*, *accessio*, *specificatio*, endlich nach erzwungener oder resolvirter Veräußerung. Dagegen die gewöhnliche Veräußerung schneidet nach ihm — im Gegensatz zu Schulin — die *Publiciana* formelmässig und *officio iudicis* ab.

Diesen Aufstellungen würde man gern zustimmen, wenn nur ihre Grundlage, nämlich Appletons neue Formelauslegung, nicht als unannehmbar sich erwiese. Darüber später. —

Der eigentliche und letzte Ausgangspunkt aller Theorien Appletons liegt in Schulins Aufstellungen über die Eigenthumsverhältnisse an *mortis causa* verschenkten und besonders an resolutiv verkauften Sachen. Bekanntlich erklärt Schulin die fraglichen Stellen durch Combinirung der *Vindication* (die der Verkäufer behielt wegen nicht erfolgter '*solutio vel satisfactio*') mit der *Publiciana*, die der Erwerber durch Auflösung der *causa* verliert (*fundus inemptus*!), während sie für den Veräußerer wieder auflebt.

Diese Aufstellungen sind der wichtigste Theil von Schulins *Publicianasystem* und zugleich auch der weitaus ansprechendste. So hatten sie seiner Zeit Hölders vollen Beifall gefunden (*Krit. Vierteljahrsschr.* XVIII S. 197) als hinreichendes und höchst erwünschtes Mittel, um gegenüber den Stellen über resolutivbedingten Verkauf die allgemeine Bedingungslehre des römischen Rechts aufrecht zu erhalten.

Diese Aufstellungen haben denn auch Appleton gewonnen, und '*maintenir l'excellent système de Schulin*' für die Fälle

¹⁾ Ainsi ce n'est pas au jour de l'usucapion accomplie que se forme le lien entre le possesseur et l'objet, mais c'est à ce jour qu'il se consolide définitivement. Il ne change pas de nature, mais de force seulement. Appleton II, p. 315.

resolutivbedingter Veräusserung ist offenbar der Gesichtspunkt für seine ganze Arbeit gewesen.

Dieselbe ist zwar mit rühmlichster Unbefangenheit geschrieben. Ein bewusstes Beweisenwollen¹⁾ liegt nirgends vor. Doch aber wird oft genug die zwischen zwei Möglichkeiten unentschieden schwankende Wage durch die Rücksicht auf 'le système de Schulin' nach dieser Seite heruntergezogen.

Der Wunsch, Schulins System zu retten, war der Vater von Appletons Formelauslegung und liess manche Einwürfe dagegen übersehen, andere — bemerkte — leichter nehmen als sie wiegen.

Er liess die Publiciana wegen Baum, Maltafel und Wolle behufs Vermeidung der probatio diabolica unbedenklich hinnehmen, während doch von den beiden Elementen der diabolica probatio, bedeutender Werth und individuelle Erkennbarkeit, für diese Sachen nicht weniger als alle beide fehlen u. s. w.

So ist es denn nicht ungerechtfertigt, wenn Buonamici, Brezzo und Carusi einstimmig Appleton zu vieler Hypothesen beschuldigen und eine strengere Methode postuliren.

Meist allerdings mit Anführung von Appletons eigenen Aeusserungen. Wie alle Tugenden ist eben auch die ars ignorandi et dubitandi leichter zu predigen als zu üben. Und das zumal bei der Publiciana, die allenthalben zum Conjecturiren geradezu herausfordert: ein zerrüttetes und von Lenel überkühn restituirtes Edict, eine an Räthselfragen reiche Stelle: D. (17, 1) 57, und endlich daran anknüpfend Schulins weitgreifende Hypothesen, die die zweifelhafte Publiciana noch mit den Räthseln der vindicatio utilis und der Resolutivbedingungen in Verbindung setzt.

Hier ist nun Appleton in der That nicht stets methodisch streng verfahren. Zwischen 'möglich', 'wahrscheinlich' und 'sicher' unterscheidet er nicht mit der nöthigen Bestimmtheit. Er glaubt durch Prüfung aller Argumente sicheren Boden zum Weiterbau zu gewinnen (I S. 22), und so wächst mit jedem neuen Stockwerk das hypothetische Element. Offen lässt er fast nie eine Frage, während doch für ein so um-

¹⁾ Wer Recht behalten will und hat nur eine Zunge,
Behält's gewiss.

Faust.

fangreiches Gebiet unsern Quellen nach nicht auf ein Drittheil halbwegs sicherer Ergebnisse gerechnet werden kann.

In diesem Streben nach Bestimmtheit überlastet er einige an sich durchaus richtige Wahrnehmungen, wie z. B. Jherings 'Gesetz der juristischen Oekonomie'. Daraus mag man schliessen, dass, wenn die *bonae fidei Publiciana* auch für den Bonitarier reichte, man es bei dieser einen Klage für beide wird haben bewenden lassen. Dagegen entnimmt Appleton zu viel daraus, wenn er wegen dieser Sparsamkeitstendenz für *a priori* wahrscheinlich erklärt, dass in den sämtlichen '*utiles in rem actiones*' eine und dieselbe Klage vorliege und zwar gerade die uns bekannte *Publiciana*. Denn wieviel kennen wir von den prätorischen Formelschöpfungen, die Gaius (4, 46) '*innumerabiles*' nennt und Cicero '*res infinita*' (Top. cap. 8)?

So ist denn von Appletons positiven Aufstellungen mehr als eine nachweisbar unrichtig.

Indess für die Wissenschaft als collective Thätigkeit ist wichtiger noch als die eigene Theorie einer Monographie die übersichtliche erschöpfende Ordnung des Materials und die gewissenhafte Prüfung der Quellen. Und dies beides bietet Appleton in zuverlässigster Weise.

Appletons Werk zerfällt in drei Theile.

Der erste (134 SS.) giebt den Begriff des prätorischen Eigenthums, seine Geschichte, d. h. die Geschichte der *Publiciana* nebst Edictsrestitution, und seine Gegenstände: *Publiciana* für Erzeugnisse oder Bestandtheile der erworbenen Sache, *Publiciana* für Provincialgrundstücke u. s. w.

Der zweite Theil (318 SS.) behandelt unter dem Titel 'Erwerb des prätorischen Eigenthums' die *Usucapionserfordernisse*. Eine schöne, an wichtigen, eigenen Gesichtspunkten reiche Untersuchung. Hier (wie auch sonst allenthalben) adoptirt Appleton die einfachste und consequenteste Hypothese, nämlich Stintzings nur durch *furtum* ausgeschlossene XII Tafel-*usucapion*.

Dem ist beizustimmen. Stintzings Herleitung des *bona fides*-Erfordernisses aus dem *vitium furtivitatis* ist in der That eine höchst wahrscheinliche Hypothese¹⁾.

¹⁾ Das einzige Bedenken gegen sie liegt in der *bona fides* auch bei der *Immobiliarusucapion*. Appleton verweist hier kurzweg auf die

Neu ist aber, dass und wie Appleton aus dem Furtivitätshinderniss auch die Nothwendigkeit des Titels ableitet.

Wie wehrt man heut den Diebstahlsverdacht ab? fragt er. Durch die Angabe eines bestimmten redlichen Erwerbes. So auch in Rom. Hier hätte er C. (6, 2) 5 von Alexander anführen können: *civile est quod a te adversarius tuus exigit ut rei quam apud te fuisse fatearis, exhibeas venditorem. nam a transeunte etiam ignoto emisse non convenit volenti evitare alienam bono viro suspicionem.*

Der *iustus titulus* wäre also ursprünglich nichts gewesen als der Umstand, der dem Geschworenen die Behauptung des *bona fide* Erwerbes glaubhaft machte, d. h. die Behauptung, nicht gestohlen zu haben.

Diese Vermuthung ist durchaus möglich und recht wahrscheinlich, zu beweisen ist sie indess nicht ¹⁾.

Zeugnisse über das *furtum* an Immobilien bei den *veteres* (G. 2. 51; Gell. 11, 18; J. 2, 6 § 7). Aber hier erhebt sich ein schwerer Einwurf: ist die Ausdehnung des *furtum a ferendo* D. (47, 2) 1 pr. auf Grundstücke nicht un-naiv und daher un-ursprünglich? Jedoch diesen an sich erheblichen Einwurf hat Stintzing entkräftet durch die Gegenfrage: ob etwa den späteren Juristen mit ihren etymologischen Liebhabereien diese etymologiewidrige Subsumtion leichter zuzumuthen sei. Das schlägt durch. Gemacht worden ist die Subsumtion, und da spricht die Wahrscheinlichkeit gegen die neueren, also für die alten Juristen. Damit aber fällt der einzige wirkliche Einwand gegen Stintzings Hypothese. Uebrigens konnte gerade bei einer *Usucapion* ohne *bona fides* die Idee eines Stehlens von Grundstücken leicht entstehen. Wenn z. B. ein Pächter einen entlegenen Acker an einen Helfershelfer verkaufte (vgl. Gellius 11, 18, 13) und dieser ihn in zwei Jahren ersass, dann war dem Herrn der Acker so gut 'gestohlen', wie die erste beste Mobilie. Da lag es denn nahe, gerade zur Verhinderung solcher *Usucapionen* zu proclamiren: *etiam fundi furtum fieri posse.*

¹⁾ Insbesondere ist gegen ein negatives Argument Appletons (Nr. 95) zu protestiren. Nämlich gegen die Behauptung, die schon vor ihm der Pariser Romanist Esmein aufgestellt hatte und der auch Appletons Kritiker Audibert a. a. O. S. 281 sich durchaus anschliesst, dass Stintzings Herleitung des *Usucapionstitels* aus der *Publicianatheorie* an sich undenkbar sei, ein historisches *ὅσπερ πρότερον*. Die *Publiciana* habe sich nach der *Usucapion* gerichtet und nicht umgekehrt. Das ist ein gut naturrechtlicher Gedankengang. Weil das Resultat der Rechtsgeschichte ein mehr oder weniger logisches System von Rechtssätzen ist, so sollen diese Rechtssätze sich auch in dieser logischen Ordnung und Reihenfolge herausgebildet haben. Dabei bleibt ausser Betracht, dass ein Rechts-

Im dritten Theil (310 SS.) behandelt Appleton die *Publiciana* nach Eigenthumsverlust oder wie er sagt: das das *Civileigenthum* überlebende prätorische Eigenthum. Die Grundidee dieses Abschnittes ist bereits dargelegt worden, weiteres über diese schwierigen und zweifelhaften Fragen später.

Vor seiner Lyoner Professur war Appleton Professor des französischen Rechts in Bern. So ist er aus einem kräftigen modernen Rechtsleben in das römische Recht gekommen und das macht sich allenthalben vortheilhaft geltend.

Vor allem in der Wärme, mit der er seine Aufgabe angreift und durchführt. Denn, wie er auf der ersten Seite ankündigt und im letzten Capitel nachzuweisen sucht, die Publi-

satz, und nun gar ein Rechtslehrsatz wie der vom *titulus*, in seinem ersten Ursprung nichts ist als der concrete Einfall eines concreten Juristen. Wie der Einfall in dessen Gehirn sich entwickelte, ob mehr aus Zweckmässigkeits- oder mehr aus logischen Erwägungen, ob logisch correct oder als Cirkelschluss, dass ist eine einfache Thatfrage, für deren vermuthungsweise Beantwortung die allgemeine Methode der betreffenden Jurisprudenz meist den einzigen schwachen Anhalt bietet. Die Lieblingsmethode der römischen Jurisprudenz war nun aber bekanntlich die analoge Anknüpfung des neuen Begriffs an irgend eine positive Satzung. So wurde der Pflichttheil aus der *lex Falcidia* gewonnen und der Grossjährigkeitstermin aus der *lex Plaetoria*. Da musste denn auch das Edict des *Publicius* mit seinem Tituluserforderniss (*qui bona fide emit*), was sehr wohl eine der *Usucapion* fremde, positive Neuerung sein konnte, ein willkommener Vorwand sein, um den *titulus* auch für die *Usucapion* zu fordern, vermöge des harmlosen Trugschlusses: 'weil die *Publiciana* den *Usucapionsregeln* folgt, so muss jede *Publicianaregel* auch als *Usucapionsregel* gelten'. Dies musste so vor sich gehen, falls bei Aufstellung des *publicianischen* Edicts die *Usucapionstheorie* noch in ihrer ursprünglichen Verschwommenheit und Gährung sich befand. Man wird also Stintzings Herleitung des *Usucapionstitels* aus der *Publicianalehre* nur dann (mit Esmein, Appleton und Audibert) verwerfen dürfen, wenn man der Ueberzeugung ist, dass das *titulus-Erforderniss* in der *Usucapionslehre* bereits feststand, als das *publicianische* Edict publicirt wurde. — Zu dieser Ueberzeugung (natürlich als rechtshistorischer, hypothetisch schwankender) kann man nun trotz aller Unsicherheit von *Publicius'* Prätur durch Appletons Vermuthung über die Herkunft des *Usucapionstitels* gelangen. Aber da deducirt man die Unwahrscheinlichkeit von Stintzings Hypothese aus der Wahrscheinlichkeit von Appletons, nicht aber (wie Appleton es versucht) die Wahrscheinlichkeit seiner Hypothese aus der Unmöglichkeit der Stintzingschen.

ciana soll trotz Schweigens des Code civil noch im heutigen französischen Rechtsleben ihre Stelle haben.

Hier nur soviel über dieses Capitel, dass Appleton die Leugner der Publiciana im französischen Recht, insbesondere den Belgier Laurent, mit ihren eigenen Waffen zu schlagen sucht und auch zu schlagen scheint.

Laurent verwirft die Publiciana, weil der Code sie nicht erwähne und demnach auch für den Eigenthumsprocess der Grundsatz Platz greife: *actori incumbit probatio*. Daher müsse der Eigenthümer selbst dem untitulirten Besitzer gegenüber Verjährung oder *dominium auctoris* beweisen. Die entgegengesetzte Praxis sei ungesetzlich.

Darauf erwidert Appleton: der Satz '*actori incumbit probatio*' stehe so wenig im Code, wie die Publiciana. Nur in Anwendung auf Obligationen spreche ihn Art. 1315 aus. Natürlich im Sinne seiner allgemeinen Anerkennung. Aber eben auch nur seiner Anerkennung, nicht seiner Abänderung und Verschärfung gegenüber dem französischen Recht von 1804. Dieses aber habe nach Pothier den Satz '*actori incumbit probatio*' im Eigenthumsprocess nur mit der Milderung der Publiciana gekannt, dass das *dominium auctoris* nur gegenüber einem titulirten Beklagten zu beweisen sei. Die dementsprechende Praxis sei also, ohne es zu wissen, durch die Tradition gerechtfertigt ¹⁾.

So bringt Appleton seiner Aufgabe das lebhafteste praktische Interesse entgegen. Wie schon der Titel '*histoire . . . de l'action Publicienne*' für dieses wesentlich systematische und dogmatische Werk es ausdrückt, ist ihm das Publiciana-recht der Pandektenjuristen nur eine Phase in der geschichtlichen Entwicklung, die ohne Unterbrechung von Publicius über Justinian und Pothier bis zur heutigen französischen Praxis führt. So spricht er denn auch gelegentlich geradezu von der '*séparation absurde*' zwischen dem römischen und französischen Recht in Rechtslehre und Rechtsanwendung.

¹⁾ Appleton II S. 352—361. Auf S. 378 sagt er über die Frage sehr treffend: *Il ne suffit pas . . . de vouloir ignorer la tradition pour s'en affranchir! Elle dicte leurs décisions même à ceux qui n'en ont point approfondi les origines, ils en subissent l'influence à leur insu; oeuvre de raison et d'expérience, elle devient un instinct, une raison qui s'ignore.*

Die französische Praxis hat ihm aber auch für die *Publiciana* selbst interessante Aufschlüsse gegeben. So über die Schwierigkeit des Eigenthumsbeweises bei Grundstücken, die aus einzelnen Parzellen zusammengekauft sind: *les aliénateurs ne livrent pas leurs titres, quand ils n'aliènent pas la totalité de leur bien* (II, p. 35). So ferner z. B. für die bekannte Controverse zwischen Neratius und Julian (Ulpian) über die *Publiciana* zwischen Erwerbern *a duobus non dominis*¹⁾. Hier bemerkt er, diese Controverse sei nichts als eine noch in der neuesten französischen Praxis offene Streitfrage, ob der ältere Titel oder der gegenwärtige Besitz den Vorzug verdiene (II p. 25).

So geht ein frisches praktisches Leben durch das Buch, dem Brezzo mit Recht *un metodo sperimentale che è degno d'esempio* nachrühmt.

Insbesondere stellt Appleton allenthalben die processualische und Beweisfrage in den Vordergrund²⁾.

Auch vom speciell romanistischen Standpunkt aus hält das Buch jeder Kritik Stand.

In den Formularprocess und das Exceptionen- und Replikenwesen ist Appleton durchaus eingelebt. Seine hypothetischen Formelrestitutionen sind einfach und wahrscheinlich³⁾.

Seine Quelleninterpretationen sind gründlich und zugleich, was selten damit zusammengeht, sehr unbefangen.

Hin und wieder verführt ihn allerdings seine rückhaltlose Verehrung der Pandektenjuristen dazu, ihren rasch und leicht hingeschriebenen Sätzen ganz specielle Beziehungen unterzuschieben⁴⁾.

¹⁾ D. (6, 2) 9 § 4; D. (19, 1) 31 § 2. — ²⁾ So z. B.: *en théorie on est propriétaire ou on ne l'est pas, en pratique la question de preuve complique beaucoup la situation; la preuve parfaite . . c'est dans l'immense majorité des cas un idéal, dont on cherche à se rapprocher, mais qu'on ne saurait espérer atteindre. (La Publicienne) renferme donc l'expression d'une vérité profonde et pratique, elle tient compte de cette notion d'expérience journalière: ne cherchons point l'absolu, il n'est point de ce monde* (I p. 19. 21. 22). — ³⁾ So giebt er z. B. für die *Publiciana* wegen der Baumaterialien eines publicianisch erworbenen Hauses D. (6, 2) 11 § 6, wo Lenel, *Edictum S. 132* die Construction der Formel für sehr schwierig erklärt, folgende wahrscheinliche Vermuthung: *si caementa huius insulae quam A^{us} A^{us} emit et ea ei tradita est, anno possedisset, tum si ea caementa eius esse oporteret ex iure Quiritium* (I p. 274). — ⁴⁾ Wenn z. B. Ulpian D. (6, 2)

Indess eigentliche Künsteleien liest er in die Quellen nirgends hinein, denn was er den Classikern in erster Linie nachrühmt, ist ihr praktischer Sinn¹⁾ und die einfache Klarheit ihres Denkens. Und so giebt er allenthalben praktische und durchsichtige Erklärungen²⁾. —

Appletons Werk ist aus dem Rechtsunterricht hervorgegangen, aus einem 'cours du doctorat', dem 'Seminar' der französischen Facultäten. Mehrere Dissertationen über darin

7 § 14 sagt: neque quod ante emptionem neque quod postea dolo malo factum est in hac actione deduci Pomponio videtur, und im § 17: Julianus . . scripsit traditionem rei emptae oportere bona fide fieri — so wird er, oder sein Muster Pomponius, über die praktische Vereinbarkeit der nach dem Kauf fortgefallenen bona fides mit ihrer Nothwendigkeit im Traditionsmoment kaum viel gegrübelt haben. 'Neque postea' war ja jedenfalls richtig für den häufigen Fall der mit dem Kauf verbundenen Tradition. Daher gewiss zu fein Appleton 99 n. 13: la bonne foi . . . n'est requise ni avant ni après c'est à dire dans le temps intermédiaire entre la vente et la tradition, mais il faudra qu'au jour de la tradition l'acheteur soit redevenu de bonne foi.

¹⁾ I p. 19: les Prudents . . ne sont point des théoriciens d'école mais de grands praticiens, rompus aux affaires, connaissant . . tous les rouages de l'administration et de la justice: des hommes pour qui le droit ne se sépare jamais de son application usuelle aux choses de la vie. — Wobei aber das schulmässige Element, das 'quae didici' und 'quod vulgo traditur' unterschätzt wird. Ohne Schul- und Buchgelehrsamkeit, Schullehren und Schulbegriffe hätte der ungeheure Stoff nicht von Generation zu Generation sich fortpflanzen können, vgl. Schol. zu Iuv. 4, 77: (Pegasus) iuris studio gloriam memoriae meruit ut liber vulgo non homo diceretur. — ²⁾ Die bedeutendste Interpretation Appletons ist die von Vat. Fr. 283 (II p. 177—186, p. 379—383). Er stellt durch ein abgedrucktes Facsimile Scialojas fest, dass klar und deutlich ad te proprietas im Manuscript steht und widerlegt auch anderweitig die Vermuthung, es habe 'ad tempus' dastehen sollen. Er zeigt, dass mit 'ad tempus' der vom Niessbrauch handelnde Schluss der Stelle unerklärlich ist, während er sich mit 'ad te' erklärt: 'cum proprietas ad te transferri nequiverit', der Fragsteller war selbst nicht Eigenthümer geworden, daher hat er weder Eigenthum noch Niessbrauch übertragen können. Woher er nicht Eigenthümer geworden war, das wird in der Eingabe gestanden haben, von der hier nur die subscriptio erhalten ist. — Die Interpretation ist gewiss richtig. Gewonnen ist sie durch sorgfältiges, unbefangenes Lesen der ganzen Stelle. — Durchaus entsprechend ist die Pellat-Appletonsche Auslegung von D. (6, 2) 12 pr., von der später zu sprechen ist.

angeregte Fragen zeigen, wie dieser Unterricht gefasst hat. Sie bestätigen den Eindruck, den man beim Lesen von Appletons Buch von seinem juristischen Lehrtalent erhält. Selbst bei den verwickeltsten und schwierigsten Fragen eine bewundernswerthe, durchsichtige Klarheit. Dazu ein aufrichtiger Eifer für die Sache, der den Leser erwärmt und mitreisst, und der bei aller Lebendigkeit mass- und geschmackvolle Stil der guten, französischen Litteratur — kurz die Form hält dem Inhalt durchaus die Wage, und der Beifall, den das Werk in Frankreich und Italien gefunden hat, ist durchaus verdient.

Französische Stimmen weisen Buch und Mann einen wichtigen Platz an in der im Werke begriffenen Herausbildung der 'Universität' Lyon durch immer kräftigere Entwicklung und Vereinigung der seit Napoleon vereinzelter Facultäten und damit in dem grossen Plan der Wiedergeburt Frankreichs durch die geistige Emancipation der Provinzen und die Wiederbelebung des municipalen Geistes.

Wir Deutsche haben allen Grund, diesem Fichteschen Unternehmen der 'Wiedergeburt durch die Universitäten' vollen Erfolg zu wünschen. Je kräftiger und gesunder die beiden grossen Nachbarvölker sich entwickeln, je hingebungsvoller sie ihrer gemeinsamen Culturaufgabe nachstreben, um so eher kann und wird, was sie jetzt trennt, geschlichtet und vergessen werden. Möge also die 'Universität Lyon' bald als erste französische Regionaluniversität sich aufthun und zu Frankreichs Ehre glänzen durch das ernste wissenschaftliche Streben ihrer Lehrer und Studenten, von dem Appletons im Unterricht entstandenes Buch ein schönes Zeugnis ablegt. Und möge der Geist des neidlosen Zusammenarbeitens und Austauschens mit der deutschen Wissenschaft die neue Universität beseelen, wie er Appletons ganzem Buche seinen Stempel giebt.

Als seinen Hauptzweck bezeichnet er, die Ergebnisse der neueren deutschen Publicianaforschung den Franzosen bekannt und zugänglich zu machen (Nr. 8; Nr. 5 Note 43). Aber das Buch giebt eben so viel, wie es entlehnt. Es zeigt, dass schon in der 'érudition', im Philologisch-Historischen die französischen Romanisten durchaus auf der Höhe und zur Mitarbeit befähigt sind. Und für das eigentlich Juristische

bestätigt es mehr als einmal die oft gemachte Wahrnehmung¹⁾, dass die Franzosen mit ihrem präzisen, positiven und eminent klaren Denken unsern antiken Meistern congenialer sind als der im Suchen und Grübeln sich ergehende deutsche Geist.

II.

Julians Publicianaedict.

Ueber Julians Publicianaedict ist mit unseren dürftigen und verdorbenen Quellen nicht zur Gewissheit zu gelangen. Als wahrscheinlich soll aber im Folgenden behauptet werden: ein und dieselbe Publiciana für den formlosen Erwerb a domino und für den gutgläubigen a non domino, also ein Edict und eine Formel.

Diese Annahme entspricht dem Edictsbericht und der Formel bei G. 4, 36 anerkanntermassen am besten. Aber die von Ulpian D. (6, 2), 1 pr. und 7 § 11 erhaltenen Edictsreste (Edict sensu lato) sollen damit im Widerspruch stehen. Auf Grund dieser Fragmente wird die eine Doppelpubliciana noch neuestens von den meisten verworfen, allerdings von sehr verschiedenen Standpunkten aus.

Brezzo²⁾ leugnet die Bonitarierpubliciana ganz und behauptet schon für die classische Publiciana die justinianische Beschränkung auf den bona fide Erwerb a non domino.

Weit häufiger ist die umgekehrte Behauptung, bis zu Justinian habe es zwei verschiedene Publicianen gegeben, die eine für den Bonitarier, die andere für den bonae fidei emptor (a non domino). Und zwar nimmt man für diese zwei Klagen meist zwei Edicte an³⁾. Anders aber neuestens Lenel, der in

¹⁾ Insbesondere von Brinz in einer Rectoratsrede (von 1874?) über den Beschluss der Ausarbeitung des deutschen Civilgesetzbuches. Er misst es darin lediglich dem Code Napoleon zu, wenn die zur juristischen Führung Europas berufenen Franzosen dieselbe an die minder dazu befähigten Deutschen verloren hätten. — ²⁾ Rei vind. ut p. 55; Archivio XLIII p. 271 ff. — ³⁾ So vor allem Lenel, Beiträge S. 1 ff.; Edictum S. 129—132. Ihm beistimmend: Wlassak, Edict und Klageform S. 78 A. 14; Cohn, Krit. Vjschr. XXIV, S. 30—31 (er nennt das Bonitarieredict das 'gesichertste und bedeutendste Ergebniss' von Lenels Beiträgen). Für mindestens zwei Edicte auch Schulin, Röm. Rechtsgesch. (1889) S. 312—314; mindestens, denn er stellt dahin, ob nicht ein drittes Edict bestand für einen weiteren Anwendungsfall der Publiciana, auf den er zum ersten Mal

der Palingenesie neben dem Bonitarieredict eine bloße Formel für den bonae fidei emptor vermuthet¹⁾).

Von diesen Aufstellungen ist durchaus unwahrscheinlich die Brezzosche, die dem Bonitarier die Publiciana abspricht²⁾).

Sie beruht auf dem 'non a domino' D. (6, 2) 1 pr. und auf dem 'qui bona fide emit' D. (6, 2) 7 § 11, in seinem landläufigen Sinn (b. f. Erwerb = Erwerb a non domino).

Indess das non a domino ist tribonianisch aus den oft aufgezählten Gründen, von denen Brezzo auch nicht einen

dankenswerther Weise hinweist, nämlich für den Erwerb von einem prätorischen Universalerwerber: bonorum possessor oder bonorum emptor. Hierin vermuthet Schulin a. a. O. den überhaupt ersten Anwendungsfall der Publiciana. Der Prätor habe dem usucapionsfähigen Käufer eine Klage versprochen, um dem bonorum possessor und bonorum emptor die Verwerthung der ihnen überwiesenen bona schon vor abgelaufener Usucapion zu ermöglichen. Eine sehr wahrscheinliche Vermuthung. Dagegen spricht nichts. Dafür spricht, dass danach Publicius durch ein ganz specielles Bedürfniss der prätorischen Jurisdiction zu seiner Reform veranlasst worden wäre, entsprechend dem urrömischen: culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti, Pomp D. (50, 17) 36, und entsprechend z. B. der Einführung der actio negotiorum gestorum für das prätorische Jurictionsbedürfniss der Processvertretung.

¹⁾ Paling. II p. 512 n. 3 zu D. (6, 2) 7 § 10 ssq.: ad formulam haec quae sequuntur, non ad alterum edictum pertinet. Iam crediderim praetorem de eo solo edixisse, cui Mancipi res a domino tradita esset, de eo autem qui bona fide emisset, solam formulam, quam scilicet edicto illo antiquiorem esse putem proposuisse. Dazu Addenda II p. 1264: del. verba quam scilicet edicto illo antiquiorem esse putem. Nam si praetorem prius de rerum Mancipi traditione edixisse posueris, nil est quod mireris eum, cum ad huius edicti exemplum etiam bonae fidei emptori formulam proponeret, denuo non edixisse: quamvis alioquin eae formulae, quae edicto nullo praemisso in albo propositae erant, ad initia iuris praetorii pertinere videantur. Die Ausführung und Begründung seiner neuen Aufstellungen über die Publiciana verspricht Lenel in einem bei Appleton Nr. 44 mitgetheilten Brief, demnächst in 'Nachträgen zum Edict' zu geben. — ²⁾ Die Bonitarierpubliciana wird mehr oder weniger sicher bezeugt in folgenden Stellen: D. (44, 4) 4 § 32: fundus — in bonis; D. (19, 1) 31 § 2: a non domino — a domino, und doch offenbar dieselbe Klage; D. (39, 2) 18 § 15; D. (6, 2) 6; 7 pr.; 12 pr.; D. (17, 1) 57; D. (21, 2) 39 § 1 — all diese Stellen lassen sich nur gezwungen von Erwerb a non domino verstehen.

widerlegt hat¹⁾. Diese Interpolation aber wäre ziemlich unbegreiflich, wenn die Publiciana nicht bis zu Justinian dem Bonitarier zugestanden hätte. Dazu kommt die Unwahrscheinlichkeit von Brezzos eigener Hypothese, der Bonitarier habe statt mit Usucapionsfiction mit der Fiction der Mancipation oder in iure cessio geklagt²⁾. Die Usucapionsfiction entsprach der wirklichen Praxis, die für bonitarischen Erwerb stets auf die Usucapion als Perficierungsmittel abstellte. Sie war auch viel weniger kühn als die Fiction einer nicht erfolgten Mancipation. Zu dieser hätte man nachträglich kommen kön-

¹⁾ Dass Ulpian in dem Edict D. (6, 2) 1 pr. nicht *non a domino* las, ergiebt sich bekanntlich zunächst aus D. (6, 2) 7 § 2 und 4, wo Ulpian dies Edict auf Fälle des Erwerbs *a domino* anwendet, ohne sie als edictwidrig zu bezeichnen. Ferner daraus, dass er zu dem 'qui bona fide emit' D. (6, 2) 7 § 11 ohne Rückverweisung auf das Edict bemerkt, der gutgläubige Käufer habe die Publiciana, selbst wenn er *non a domino* erworben habe. Sodann daraus, dass bei G. 4, 36 in der Formel und im Edictsbericht von einer Beschränkung auf den Erwerb *non a domino* kein Wort steht. Auf all dies erwidert Brezzo einfach: 'Né alla l. 7 §§ 2 e 4 § 11, né parimente in Gaio (IV, 36) si può trovare argomento per conchiudere che la Publiciana compete altresì nel caso del acquisizione a domino'. Und nicht besser ist es, wenn er das letzte und stärkste Quellenargument, das Fehlen eines Commentars zu *non a domino* mit der Bemerkung ablehnt: Qual necessità poteva presentarsi di un commento al parole *non a domino*? Denn Anlass zu Erörterungen boten die Worte genug, z. B. ob der Bonitarier trotz seines Erwerbs *a domino* das Edict anrufen könne. Im übrigen zeigen selbst unsere gekürzten Reste von Ulpians Edictscommentar, dass Ulpian grundsätzlich jedes Wort commentirte (vgl. Ulp. D. (5, 3) 20 § 6^d: *aptanda est . . . singulis verbis . . . congruens interpretatio*). Indess eine kleine Lücke hat der allgemein adoptirte Schluss vom Fehlen des Commentars zu 'non a domino' auf die Unehtheit dieser Worte bei alledem doch. Nämlich die Compileren könnten Ulpians Commentar gestrichen haben wegen Anspielung auf das duplex dominium. Um hierüber wegzukommen, ist in der That etwas Glauben und Wagen nöthig. Aber nicht viel. Denn bei der Wichtigkeit des 'non a domino' für das justinianische Recht hätten die Compileren den Commentar dazu sicher lieber interpolirt als gestrichen. Wie andererseits diese selbe Wichtigkeit, nämlich die Abschaffung des duplex dominium die Interpolation für 'non a domino' dringend wahrscheinlich macht. — ²⁾ Eine Anspielung darauf sucht er bei G. 2, 41: *semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit id est in bonis et ex iure Quiritium tua res esse ac si ea mancipata vel in iure cessa esset (!)*.

nen, für das schon völlig ausgebildete Institut des bonitarschen Eigenthums. Aber wozu hätte da der Prätor die herkömmliche Fiction ändern sollen?

Die Bonitariespubliciana ist also, trotz ihrer neuesten Ablehnung durch Brezzo, als sicher anzusehen. Dagegen ist schwerer und weitläufiger nachzuweisen, dass eine und dieselbe Publiciana den Bonitarier und den b. f. possessor schützte. Die Behauptung der zwei verschiedenen Publicianen fusst auf der angeblichen Unvereinbarkeit von D. (6, 2) 1 pr. mit D. (6, 2) 7 § 11. Nach Lenel soll die erstere Stelle den Erwerber a non domino ebenso ausschliessen wie die zweite den Erwerber a domino. Aber diese beiden Behauptungen sind unhaltbar. Es wird sich zeigen lassen, dass jeder der beiden prätorischen Sätze ganz gleichmässig auf den Erwerb a domino und a non domino ging.

Zunächst D. (6, 2) 1 pr.:

Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet iudicium dabo.

Nach Lenels in den Beiträgen aufgestellter und im Edictum und der Palingenesie beibehaltener Hypothese ist dies Edict interpolirt für

Si quis id quod mancipatur traditum ex iusta causa a domino et nondum usucaptum petet iudicium dabo.

Das wäre in der That ein exclusives Bonitariesdict.

Aber zunächst ist nicht erwiesen, dass das tribonianische 'non a domino' nicht völlig unecht ist, sondern nur eine Interpolation für 'a domino'. Nach der Palingenesie ist Ulpian's Commentar zu a domino in den Fragmenten 564—566 erhalten. Aber diese Ausführungen können ganz ebenso gut bei Erörterung des emit der Formel geschrieben sein oder ohne speciellen Anhalt. Unwahrscheinlich ist jedenfalls, dass Ulpian ein Edict über a domino erworbene res Mancipi darin erläuterte, denn in den Fragmenten 565 § 1 und 566 (medio § 1 und i. f. § 1) spricht er offenbar von res nec Mancipi.

Ferner spricht gegen Lenels Bonitariesdict, ergänzt durch eine Formel für Kauf bona fide, in dem Sinne von Kauf a non domino auch das 'non solum emptori bonae fidei' in Ulpian's Commentar zu jenem angeblichen Bonitariesdict D. (6, 2) 3

§ 1. Die durch nichts unterstützte Behauptung in den Beiträgen (S. 39), jenes *bonae fidei* sei eine Interpolation, wiederholt Lenel in der Palingenesie nicht mehr.

Schluss: es spricht mancherlei gegen und gar nichts für das angebliche 'a domino'.

Nun das 'id quod traditur'.

Hier ist Lenel darin durchaus beizutreten, dass das *traditur* als Bezeichnung der Uebergabethatsache der Grammatik und dem Edictsstil durchaus zuwider ist, also sicher nicht echt.

Das ist in Kürze zu begründen, da Appletons drei italienische Kritiker Buonamici, Brezzo und Carusi einstimmig die Echtheit des *traditur* behaupten und zwar Carusi auch mit scheinbaren Gründen¹⁾.

Carusi giebt für das *traditur* eine 'spiegazione grammaticale molto semplice'.

Das Präsens, zumal das unpersönliche, passive habe oft eine unbestimmte Bedeutung, in der es jede Zeit bezeichnen könne, ohne doch irgend eine zu präcisiren. Im Verhältniss zu dem *Futurum petet* sei das Präsens *traditur* Vergangenheit. Durchaus unserm Edict entsprechende Constructionen seien in den XII Tafeln häufig.

Aber hier wird übersehen, dass die Tempora für zwei sich folgende künftige Thatsachen davon abhängen, ob jene zwei Thatsachen sich unmittelbar folgen oder begrifflich durch einen Zeitraum getrennt sind. Folgen sie sich unmittelbar, so ist beim Eintritt der zweiten Thatsache die erste noch gegenwärtig. Da ist für sie ein Tempus der Gegenwart am Platz, das Präsens oder pedantischer das *Futurum I*.

Liegt dagegen zwischen beiden Thatsachen ein Zeitraum, so ist beim Eintritt der zweiten die erste schon vergangen, und jedes gesunde Sprachgefühl wird ein Tempus der Vergangenheit für sie fordern: das *Perfectum* oder das *Futurum II*.

Ein Beispiel aus den XII Tafeln. Warum heisst es: *uti legassit ita ius esto*, und wieder: *si intestatus moritur* . .

¹⁾ Carusi l'azione Publiciana p. 29—30. — Buonamici (Archivio XLIII p. 234) giebt gar keine Begründung und Brezzo (Archivio XLIII p. 273) eine handgreiflich falsche: für 'si quis id quod traditur petet' soll eine relazione de tempi perfettamente identica sein G. 2, 43: *earum rerum usucapio . . competit quae . . tradita fuerint*.

agnatus . . familiam habeto? Warum nicht *uti legat* und *si mortuus erit*? Die Antwort liegt auf der Hand: weil das Vermögenhabensollen des Agnaten auf das intestate Versterben unmittelbar folgt, während zwischen Anfertigung und Rechtskraft des Testaments begrifflich ein Zeitraum liegt: das Lebensende und der Tod.

Genau so liegt in unserem Edict zwischen dem *tradi* und dem *petere* der Usucapionsbesitz des Klägers (*nondum usucaptum*) und der Besitzverlust. Also hätte auch ein Decemvir nicht anders geschrieben als: *si . . quod traditum erit (est) petet*. Traditur wäre richtig nur bei zwei Schlag auf Schlag sich folgenden Handlungen, z. B. *si quis id quod traditur (tradetur) accipiet*¹⁾.

¹⁾ Eine Durchsicht der Reste von XII Tafeln und Edict bei Bruns (Ed. V) wird das Obige bestätigen und zugleich die Grundlosigkeit von Carusis Behauptung ergeben: 'nei testi delle XII tavole é noto come si usi . . . il presente in luogo del passato'. Die XII Tafeln gebrauchen das Präsens da, wo die späteren meist das Futurum I setzen: I, 1: *si in ius vocat* (Edict D (2, 8) 2 § 2: *si in ius vocabit*); VII, 8^a: *si aqua pluvia nocet* (Paulus D. (43, 8) 5: *si nocebit*). — Nämlich um die erste von mehreren unmittelbar sich folgenden künftigen Handlungen zu bezeichnen: I, 1: *si in ius vocat ito, ni it antestamino* etc. oder III, 4: *ni suo vivit qui eum . . habebit* etc. oder V, 4 *si . . moritur, cui . . escit* etc. etc. Dagegen wo begrifflich ein Zeitraum zwischen beiden Thatfachen liegt, wie nach naiver Anschauung zwischen Delict und Strafe, da steht die erste ausnahmslos in der Vergangenheit. Manchmal im Perfectum: II, 2: *status dies . . quid horum vitium fuit*, VIII, 3: *si os fregit*, VIII, 24: *si telum . . fugit magis quam iecit*, XII, 3: *si vindiciam falsam tulit*. Regelmässig dagegen, ganz wie im Edict, im Futurum II: II, 3: *cui defuerit*, III, 6: *si . . secuerunt*; IV, 2: *si . . venum duuit*, V, 3: *uti legassit*, VII, 7: *ni . . delapidassint*, VIII, 1: *qui incantassit*, VIII, 2: *si . . rupsit*, VIII, 4: *si . . faxsit*, VIII, 8^a: *qui . . excantassit*, VIII, 8^b: *neve . . pellexeris*; VIII, 12: *si . . faxsit . . si . . occisit*, VIII, 21: *si . . fecerit*, VIII, 22: *qui . . sierit . . fuerit*, X, 7: *arduuitur*; XII, 2^a: *si . . faxsit . . noxit*, Festus v. v. *nancitor in XII tabulis nactus erit*. — Im Edict steht statt des Präsens der XII Tafeln meist das Futurum I. Ausnahmen: *si quis manumissus, manumissa moritur* (Probus Einsidl.); *qui . . iniuriarum agit certum dicat* D (47, 10) 7 pr.; *eos qui possident de possessione decedere iubebo* D. (42, 4) 5 § 2. Ebenso steht einige wenige Mal statt des Futurum II das Perfectum: *qui pecuniam debitam constituit* D. (13, 5) 1 § 1; *quod depositum sit* D. (16, 3) 1 pr.; *si quid in fraudem patroni factum sit* D. 38, 5. Dagegen ein Prä-

Es bleibt also dabei: das Edict 'si quis id quod traditur . . . nondum usucaptum petet' ist in seiner hin und her taumelnden Unordnung der Tempora schlechterdings beispiellos¹⁾. Schwer begreiflich, wie es in das Edict gekommen sein sollte, noch unbegreiflicher, dass es darin geblieben wäre. Denn nachweisbar ist das Edict in der Kaiserzeit auch rein stilistisch überarbeitet worden (u. S. 244). Wer das 'traditur' also für echt erklären will, weil es doch nun einmal dasteht, der mache das grosse Fragezeichen daneben, was gewagte Hypothese bedeutet.

Auf diese Unmöglichkeit des 'traditur' stützt nun Lenel seine bekannte Vermuthung, das si quis id quod traditur sei entstanden aus mechanischer Interpolation eines ursprünglichen: si quis id quod mancipatur traditum, in: si quis id quod traditur traditum, wo dann das traditum gestrichen worden sei.

Hier erscheint gut beglaubigt die compilerische Streichung eines einst vorhandenen traditum. Dafür beruft sich Lenel auf Ulp. D. (6, 2) 3 § 1: ait praetor: 'ex iusta causa petet'. qui igitur iustam causam traditionis habet, wonach Ulpian hier in der That ein 'traditum ex iusta causa petet' commentirt zu haben scheint.

Im übrigen ist Lenels Conjectur an sich durchaus möglich. Ebenso ist möglich das darauf errichtete Publicianaedict, so wie es Lenel jetzt in der Palingenesie annimmt. Darüber nachher bei dem 'qui bona fide emit'. Dort auch mancherlei Gründe gegen Lenel.

Hier nur ein Bedenken. Bei keinem uns erhaltenen Edict liegt der Verdacht einer annähernd ebeno gründlichen und

sens statt eines Futurum II (oder eines Perfectum) wird man im Edict gerade so vergeblich suchen wie in den XII Tafeln oder in den sonstigen Gesetzfragmenten bei Bruns.

¹⁾ Nur auf den ersten Blick erscheint verwandt Julian D. (21, 2) 39 § 1: si servus hominem emerit et duplam stipuletur deinde eum vendiderit et ab emptore evictus fuerit. Denn im Verhältniss zu emerit ist stipuletur richtig. Dagegen wäre in der That unlogisch und unserm traditur gleich die Folge: stipuletur vendiderit. Aber die liegt hier eben nicht vor, denn es steht 'deinde' dazwischen und das macht alles davor Stehende zum Vergangenen.

künstlichen Umarbeitung vor. Unpassende Edicte liessen die Compileren einfach fort. Warum sollten sie hier statt dessen so künstlich interpolirt haben?

Jedenfalls aber könnte Lenels Conjectur nur dann für einigermaßen sicher gelten, wenn keine andere Erklärung des traditur sich böte. Eine solche bietet sich aber.

Wenig wahrscheinlich ist allerdings Huschkes Vermuthung (in der J. A. zu G. 4, 36), es liege eine nachjustinianische Verschreibung vor. Statt 'traditur ex iusta causa et' habe noch der Pandektentext gelautet 'traditum ex iusta causa est'¹⁾. Denn die hier vorausgesetzte doppelte Verschreibung ist unwahrscheinlich. Ferner klingt wenig edictal das nachhinkende est: id quod traditum ex iusta causa est. Endlich bliebe dabei unerklärt die wahrscheinliche Streichung des traditum D. (6, 2) 3 § 1.

Hier eine andere Möglichkeit.

Das Edict, in dem non a domino et interpolirt ist, lautete bei Ulpian ganz normal:

Si quis id quod traditum erit ex iusta causa nondum usucaptum petet iudicium dabo.

In einem in Noten geschriebenen Manuscript stand tradit'èr und das verlas der Schreiber der dem Compiler vorliegenden Ulpianhandschrift in traditur. Dann kann man hinzuvermuthen, der Compiler habe D. (6, 2) 3 § 1 von dem Stichwort 'traditum ex iusta causa petet' das traditum deshalb gestrichen, weil er es in seinem Text 'traditur ex iusta causa' nicht sah.

Für sicher soll diese Vermuthung natürlich nicht gegeben werden, denn jede Vermuthung hat die Wahrscheinlichkeit gegen sich: 'fallax . . opinio divinatrix' (Studemund). Aber

¹⁾ Hiergegen beruft man sich allgemein auf das übereinstimmende Zeugniß 'der Handschriften'. Aber im Zweifel haben wir doch nur eine Handschrift, nämlich die Florentina. Wie treu die Vulgathandschriften den florentinischen Text wiedergeben und zugleich wieviel Fehler dieser Text enthält, das zeigt ein Blick auf den Rand von Mommsens Pandekten zu D. 10, 1; 2 und 3, wo die unabhängigen Texte G. und N. eine Controlle der Florentina und der Vulgathandschriften gestatten. So könnte denn auch für unser Edict die Florentina verschrieben und die Vulgathandschriften von ihr abgeschrieben sein.

sie ist durchaus möglich, und so zerstört sie Lenels bestes Argument für sein 'id quod mancipatur', die Frage nämlich: 'wie sollte das absurde traditur sonst entstanden sein'? —

Endlich das eigentliche Räthsel der Publicianarestitution: Ulp. Ed. 17 D. (6, 2) 7 § 11: Praetor ait: 'qui bona fide emit' ¹⁾).

Was ergibt zunächst rein äusserlich die Wortform über die Herkunft dieser Worte?

Bisher wurden sie meist einem Edictssatze zugeschrieben. Einem bona fide Kaufedict ²⁾ oder (von Schirmer) einem edictalen Uebergangssatz zwischen Edict und Formel ³⁾.

Dagegen aber jetzt Lenel in der Palingenesie (II, p. 512 n. 6): non possunt haec esse edicti verba: in edicto enim praetor aut 'emerit' dixisset aut 'emisse dicetur'.

Das ist in der That sehr berücksichtigenswerth. Jede Auffassung der Worte als edictal hat einen Wahrscheinlichkeitsgrund gegen sich. Mehr aber auch nicht. Lenels non possunt haec esse edicti verba ist zu absolut.

Zunächst besitzen wir Edicte mit dem Perfectum statt des normalen Futurum II ⁴⁾. Eine solche Ausnahme könnte auch unser emit sein ⁵⁾.

¹⁾ Sehr gewaltsam ist Pernices Verfahren gegenüber dem q. b. f. e.; er ist 'geneigt, die bedenklichen Worte als missverständliche Kürzung (?) Ulpians oder der Compileren' wegzuworfen (Labeo II S. 161). —

²⁾ So z. B. Lenel in den Beiträgen und im Edictum; Wlassak, Edict und Klageform S. 78 A. 14; Schulin, Röm. Rechtsgesch. § 71. —

³⁾ Schirmer, Krit. Vierteljahrsschr. XVIII S. 349. —

⁴⁾ D. (13, 5) 1 § 1: qui pecuniam debitam constituit (Paling. II, p. 577 n. 1).

D. (16, 3) 1 pr.: quod depositum sit (Paling. Ulp. 886).

D. 27, 5: de eo qui pro tutore negotia gessit (Paling. II, p. 1251 Nr. 126).

D. 38, 5: si quid in fraudem patroni factum sit (Paling. II, p. 1251 Nr. 151).

D. 42, 8: quae in fraudem creditorum facta sunt (Paling. II, p. 1254 Nr. 268).

Und ganz entsprechend steht auch das Präsens statt des normalen Futurum I:

Probus Einsidl.: si quis manumissus . . moritur.

D. 14, 5: cum eo qui in aliena potestate est (Paling. II, p. 1250 Nr. 104).

D. (42, 1) 5 pr.: cuius de ea re iurisdictio est (Paling. Ulp. 1377).

Sonst bliebe behufs Unterbringung von *qui bona fide emit* in einem Edictssatz noch die Möglichkeit einer Veränderung aus *emerit* durch den seiner Gewohnheit nach aus dem Kopf citirenden Ulpian ¹⁾ oder durch einen Schreiber vor oder bei der Compilation, oder auch nach ihr (o. S. 232 A. 1).

D. (42, 4) 5 § 2: *eos qui possident . . iubebo* (Paling. Ulp. 1388).

D. (47, 10) 7 pr.: *qui agit iniuriarum certum dicat* (Paling. Ulp. 1339).

(Lenel) *de iniuriis quae servis fiunt* (Paling. II, p. 1253 Nr. 194).

Natürlich könnten diese Citate von Ulpian oder von einem Abschreiber verdorben sein. Aber ganz dasselbe gilt eben auch von unserem '*qui emit*'. — ¹⁾ Auch neben dem oben als wahrscheinlich hingestellten: *si quis id quod traditum erit?* — Wenn dies unmöglich wäre, so würde daraus die Unrichtigkeit einer der beiden Annahmen folgen. Aber ist '*emit*' neben '*traditum erit*' in einem und demselben Edict wirklich undenkbar? Kaum. Denn das häufige Nebeneinanderstehen der directen Form und der mit *si dicetur* im selben Edicte ist doch kaum weniger incorrect.

¹⁾ Nachstehende falsche Edictscitate führt Ulpian durchweg mit einem '*ait praetor*', '*verba praetoris*', '*haec verba*' wie echte ein. Wären wir nicht ganz zufällig in der Lage, sie mit dem Edict zu vergleichen, wir müssten und würden sie für wortgetreu halten:

1. D. (47, 10) 17 § 10 und § 18 (Lenel 1362—1365: *ipsi qui iniuriam accepisse dicetur* [*quod ait: qui iniuriam accepit*] — die volle Analogie unseres *emit*!
2. D. (43, 5) 1 pr. und § 10 (Lenel 1474—1475): *qua tabulas reliquisse dicetur* [*reliquerit*].
3. Von dem Retorsionsedict D. (2, 2) 1 § 1 citirt Ulpian D. (2, 2) 1 § 2 und fr. 3 § 5 den Satz *qui magistratum potestatemve habebit si quid in aliquem novi iuris statuerit so: quod statuerit qui iurisdictioni praeest*. Den Folgesatz giebt er einmal so an: *ipse . . eodem iure uti debet*, dann: *ut is eodem iure utatur*. — Vgl. dazu Lenel, *Edictum* S. 47; Paling. Ulp. 217—219.
4. D. (2, 4) 4 § 1 und 10 § 11 (Lenel 259. 263): *in ius sine [nisi] permissu meo ne quis vocet*.
5. D. (4, 3) 1 § 1 und 7 pr. (Lenel 383—385: *si alia actio non erit* [*sit*]).
6. D. (43, 6) 1 pr. § 2 (Lenel 1482—1484): *in loco sacro facere . . . quid veto* [*ne quid in l. s. fiat*].
7. D. (43, 17) 1 pr. § 5 (Lenel 1536): *uti . . . nec vi, nec c. nec pr. alter ab altero possidetis* [*perpetuo hoc interdicto insunt haec: quod n. v. n. c. n. pr. ab illo possides*].
8. Von dem Cognitorenedict D. (3, 2) 1, Lenel 277, citirt Ulpian

Wenn *emit* weniger gut in ein Edict passt als in eine Formel, so steht es gerade umgekehrt mit dem *qui* (*bona fide emit*). Das passt ins Edict, dagegen nur schlecht in eine Formel ¹⁾).

Aber hier bietet sich ausser den für *emit* dargelegten Möglichkeiten unabsichtlicher Entstellung, besonders durch *ulpianisches* aus dem Kopf Citiren, noch die eines *Tribonianismus*. Denn etwaige Spuren der Formelprovenienz mussten verwischt werden ²⁾. Da könnten denn die Compileratoren sehr wohl ein *quem A^{us} A^{us} . . emit* (vgl. G. 4, 36) in *qui . . emit* verwandelt haben. —

Der Wortform nach passt *q. b. f. e.* also besser in eine Formel als ins Edict. Aber nur etwas besser; die Edicts-zugehörigkeit ist auch durchaus möglich. Da müssen denn sachliche Gesichtspunkte entscheiden.

Zunächst der Wortsinn von '*qui bona fide emit*'. In zwei Punkten steht dieser Satz wirklich oder scheinbar im Widerspruch mit dem allgemein auf *traditio ex iusta causa* abstellenden Edict (D. (6, 2) 1 pr. und G. 4, 36. Er spricht nur von *qui . . emit* und nur von *qui bona fide emit*. Den ersten Widerspruch sucht Appleton neuestens ³⁾ durch die Annahme zu beseitigen, '*emit*' stehe hier in seinem ursprünglichen Sinn für *accipere*. Aber das ist unmöglich.

Einmal war schon für Verrius Flaccus diese Bedeutung

ungenau fr. 2 § 2 und 6 § 5 (Lenel 278. 283) statt *dimissus missus*, statt *damnatus condemnatus*. Bedenklicher ist die Aeusserung fr. 2 § 5: *ait praetor 'qui in scaenam prodierit infamis est'*. Lenels Versicherung zu Ulp. 279: *infamis est Trib. aut gloss. möchte ich nicht unterschreiben*, denn so sicher er das *infamia notatur* D. (3, 2) 1 pr. als Interpolation nachgewiesen hat, ebenso sicher sind ähnliche Wendungen häufig echt und *ulpianisch*: D. (3, 2) 4 § 5, 6 §§ 1. 6. 7 und sonst *passim* daselbst.

Schluss: auf die Wortform von Ulpian's Edictscitaten ist sehr wenig Verlass, zumal bei den im Commentar als Schlagworte angeführten.

¹⁾ Carusi p. 66 conjicirt recht hübsch: *Si A^{us} A^{us}, qui bona fide emit, hominem sibi traditum anno possedisset, tum si eum hominem q. d. a. eius ex iure Quiritium esse oporteret.* — ²⁾ Vgl. D. (9, 1) 1 § 11: *eum qui für N^m N^m A^o A^o* (Lenel, *Edictum* S. 155). — ³⁾ In dem schon erwähnten schriftlichen Nachtrag o. S. 214 A. 2.

des emere längst veraltet, vgl. Festus-Paulus unter abemito, emere, redemptores. So bezieht denn auch Gaius D. (6, 2) 8 und Ulpian D. (6, 2) 7 § 11 ssq. das fragliche qui b. f. emit nur auf den Kauf. Also hätte auch Julian es so auffassen und für 'empfangen' ein anderes Wort in das Edict setzen müssen.

Sodann: wenn emit hier accepit bedeutet hätte, dann natürlich auch in der Formel bei Gaius 4, 36: emit et is ei traditus est. Dieselbe hätte dann zweimal die Sachübergabe erwähnt, dagegen die causa traditionis gar nicht!

Der Gegensatz: Kauf — jede iusta causa hesteht also wirklich.

Dagegen ist gewiss nur scheinbar der fast ausnahmslos angenommene Gegensatz zwischen dem bona fide emere und der gleichmässig für Bonitarier und sog. bona fide Erwerber (a non domino) geltenden Publiciana. Dieser Gegensatz verschwindet, sobald man mit Brinz¹⁾ die bona fides objectiv nimmt, so dass sie auch den bonitarischen Erwerb umfasst.

So scheint noch Ulpian das Wort zu verstehen D. (6, 2) 7 § 11:

Praetor ait 'qui bona fide emit'. Non igitur omnis emptio proderit, sed ea quae bonam fidem habet: proinde hoc sufficit me bonae fidei emptorem fuisse quamvis non a domino emerim licet ille callido consilio vendiderit: neque enim dolus venditoris mihi nocebit.

Also: sufficit me b. f. emptorem fuisse quamvis non a domino emerim. Da scheint Ulpian einen zweiten b. f. emptor vor Augen zu haben, der a domino erwarb.

Dieser Schluss wäre nun an sich bei Ulpians überrascher Schreibweise wenig sicher²⁾. Aber er erhält die erwünschte

¹⁾ Brinz zum Recht der b. f. possessio SS. 83. 86. 89. ff., 99 f. — Mit ihm einverstanden: Hartmann, Kr. Vjschr. XVIII S. 164; Bechmann, Kauf I S. 388. — ²⁾ Einen schlagenden Beweis dafür bietet der Schlusssatz unserer Stelle, wonach dolus des Verkäufers die Publiciana nicht ausschliesst. Hätte er dabei bewusst nur an Grundstücke gedacht, so würde er es gesagt haben, zumal angesichts der auf den homo abgestellten Musterformel, die er gerade erläuterte. Er wird also wohl in seinem Streben nach allseitiger Illustration des qui bona fide emit auch den Satz: 'licet ille callido consilio vendiderit: neque enim dolus venditoris mihi

Bestätigung durch andere Umstände, insbesondere durch die von Brinz herangezogene Parallelstelle D. (48, 5) 28 (27) § 1 gleichfalls von Ulpian:

lex eum nominavit 'ad quem ea res pertinebit'. igitur bonae fidei emptorem quamvis ab eo emerit qui dominus non est, recte dicemus eum esse, ad quem ea res pertinet.

Die volle Bestätigung dieser beiden Stellen giebt D. (41, 4) 8 von Julian (Brinz S. 99):

Si quis cum sciret venditorem pecuniam statim consumpturum servos ab eo emisset, plerique responderunt eum nihilo minus bona fide emptorem esse, idque verius est: quomodo enim mala fide emisse videtur, qui a domino emit? nisi forte et is qui a luxurioso et protinus scorto daturō pecuniam servos emit non usucapiet.

Die ganze Stelle, zumal das zweimal wiederholte servos emit zeigt, dass die Bonitarierusucapion in Frage steht. Von dieser sprechend behandelt also Julian, im Einklange mit den von ihm besprochenen älteren Juristen, als durchaus gleichbedeutend 'mala fide emptorem esse' und 'non usucapere' und 'bona fide emptorem esse' und 'usucapere'.

Dass der Bonitarier zur Usucapion bona fides brauche, darüber waren alle einig. Die Controverse drehte sich nur um den Inhalt dieser nöthigen bona fides. Nach den plerique, deren Ansicht Julian zum Siege brachte, lag diese bona fides schon objectiv in der Thatsache des Erwerbs vom Eigenthümer: quomodo enim mala fide emisse videtur qui a domino emit?

Die Gegenansicht hatte auch für den Bonitarier eine specielle, rein moralische Redlichkeit gefordert.

Uns genügt, dass zu Julians und noch zu Ulpians Zeit der Ausdruck bona fide emptor keineswegs auf den Käufer a non domino beschränkt war, vielmehr, wenigstens im weiteren Sinne, auch den Bonitarier umfasste. Denn daraus er-

nocebit' rasch hingeworfen haben (schreibend oder wahrscheinlicher dictirend), ohne an den Elementarsatz zu denken, dass die dolo malo vom Nichteigenthümer verkaufte Sache furtiv wird und damit der Publiciana entzogen: J. (2, 6) 3; D. (6, 2) 9 § 5.

giebt sich a fortiori diese weitere Bedeutung für unser qui bona fide emit D. (6, 2) 7 § 11.

A fortiori, weil die fraglichen Worte (ob edictal oder formular) präsumtiv ein uranfänglicher Bestandtheil des Publicianaedictes sind. Denn da die Urpubliciana ganz gewiss auf Kauf ging¹⁾, so hat jeder auf Kauf gestellte Bestandtheil des Publicianaedicts, Formel wie Edict, die Vermuthung der Ursprünglichkeit für sich.

Damit aber auch die Vermuthung eines gewissen Alters. Zwar können wir von unserem Prätor Publicius nur soviel behaupten, dass es keiner der drei uns zufällig bekannten ist. Aber man darf ihn vermuthungsweise in das 2. Jahrhundert v. Chr. setzen²⁾. Damals also wird das qui bona fide emit geschrieben worden sein. Der Bonitarier sollte eben erst Klagschutz erhalten, er war noch nichts als ein durch exceptio rei venditae et traditae geschützter Usucapionsaspirant, ein vertrauensseliger Mann, der, statt durch die Rechtsform sich zu sichern, in Treu und Glauben formlos gekauft hatte. Er war ein bona fide emptor. Und da noch Julian und Ulpian ihn so nannten, so kann nicht nur, so muss Publicius 300 Jahre vorher ihn so genannt haben³⁾.

Da ist denn wohl in dieser von Brinz betonten Doppelbedeutung des bona fide emere der bestgesicherte Punkt für die ganze Publicianarestitution zu sehen. Ist er das aber

¹⁾ Positive Anhaltspunkte für diesen Glaubenssatz fehlen allerdings. Die auf Kauf abgestellte Formel bei G. 4, 36 (und D. (6, 2) 7 § 11?) beweist nicht gegen ein von Anfang an allgemeines Edict. Waren doch auch z. B. für die allgemeinen Injurienedictes die Formeln speciell, vgl. Lenel, Edictum §§ 190. 193; Wlassak, Edict und Klageform S. 78–79. Aber die allgemeine Entwicklung des römischen und zumal prätorischen Rechts von dem praktisch wichtigsten Einzelfall zur theoretischen Verallgemeinerung spricht entscheidend für eine auf Kauf abgestellte Urpubliciana. Ebenso spricht dafür die exceptio rei venditae et traditae, die vor allem für den Bonitarier berechnet und doch auf Kauf formulirt war. — ²⁾ Vgl. z. B. Pernice, Labeo II S. 158 A. 19. — ³⁾ Brinz a. a. O. S. 83: 'Vielleicht war auch das eine b. f., dass man im Vertrauen . . . von der Mancipation . . . Umgang nahm'. — Bechmann, Kauf I S. 388: 'dass auch in das bonitarische Verhältniss ein Moment der b. f., freilich in einem weiteren Sinne als den das klassische Recht mit dem Worte bei der Ersitzung verbindet, hereinwirkt'. —

wirklich, so sind die bisherigen Restitutionsversuche verfehlt. Denn sämtlich ¹⁾ gehen sie aus von der justinianischen Bedeutung des *bona fide emere* = *a non domino emere*. Hier eine gedrängte Uebersicht über die hauptsächlichsten neueren Vermuthungen, unter Beiseitelassung von Brezzos die Bonitarierpubliciana ganz verwerfender Restitution (o. S. 226). Kürze halber wird mit diesen Autoren der Erwerb *a non domino* als *bona fide* Erwerb bezeichnet.

Das *ex omni iusta causa* Klage verheissende Edict bei Ulpian D. (6, 2) 1 pr. und bei G. 4, 36 ist mit dem *qui bona fide emit* D. (6, 2) 7 § 11 folgendermassen combinirt worden:

1. ein allgemeines Bonitarieredict mit Formel und ein *bona fide* Kaufedict mit Formel.

So Lenel in den Beiträgen und im Edictum. Anscheinend damit einverstanden: Wlassak und Schulin ²⁾.

Dies System ist zu verwerfen.

Allerdings ist Lenels eigener Gegengrund in der Palin-genesie: *qui bona fide emit* weise auf eine Formel hin, im Edict hätte es *emerit* oder *emisse dicetur* heissen müssen, oben (S. 233 ff.) als nicht entscheidend befunden worden.

Dagegen schlagen durch Appletons Gründe gegen eine noch bei Julian auf Kauf beschränkte *bona fide Publiciana*. Vor allem Appletons (Nr. 27) Berufung auf Ulp. (Lenel 574) D. (6, 2) 11 § 3: *Interdum tamen licet furtiva mater distracta non sit sed donata ignorantibus mihi et apud me conceperit et pepererit competit mihi in partu Publiciana, ut Iulianus ait, si modo eo tempore quo experiar furtivam matrem ignorem*.

Hier gewährt also Julian dem *bona fide* Beschenkten die *Publiciana*. Und zwar ohne weiteres, denn die Verwunderungsausdrücke: *interdum, licet, si modo*, gehen — soweit sie echt sind — offenbar nicht auf den Fall der Schenkung als solchen, sondern auf die hier vorliegenden Complicationen: Schenkung

¹⁾ Bis auf Brinz a. a. O. S. 101, dessen Restitution aber in der Form unhaltbar ist: *si quis id quod traditum est ex iusta causa, puta ei qui bona fide emit, nondum usucaptum petet, iudicium dabo*. —

²⁾ Wlassak, Edict und Klageform S. 78 A. 14. Schulin, Römische Rechtsgeschichte § 71.

einer gestohlenen Sache und Publiciana wegen ihrer Erzeugnisse.

Und zwar schrieb Julian diese Erörterung nicht, wie Appleton sagt, wenige Jahre später als die Edictsredaction, sondern aller Wahrscheinlichkeit nach schon einige Jahre früher. Denn sie wird aus demselben 7. Buch Julians sein, was Ulpian D. (6, 2) 7 § 17 citirt. Dies aber schrieb Julian gewiss einige Jahre vor der Edictsredaction (131 n. Chr.: Hieronymus), da Buch 6 auf Grund von D. (5, 3) 20 § 6 vor 129 gesetzt werden muss¹⁾.

Also bestand schon vor der Edictsredaction die von G. 4, 36 — und beiläufig schon vor ihm von African D. (9, 4) 28 — bezeugte Praxis, wonach jeder bona fide Erwerber die Publiciana erhielt. Da erscheint unannehmbar, dass Julian bei seiner Edictsredaction die Beschränkung der b. f. Publiciana auf Kauf beibehalten hätte²⁾.

Weitere schwere Bedenken gegen Lenels frühere Annahme zweier Publicianaedicta entspringen den beiden Voraussetzungen dieser Annahme. Einmal ist überaus gewagt die Conjectur, auf der sein Bonitarieredict beruht: 'si quis id quod traditur . . non a domino' sei tribonianisch für: si quis id quod mancipatur traditum . . . a domino (s. o. S. 228 ff.), sodann ist, wie eben gezeigt, kaum annehmbar die Voraussetzung, auf der die Annahme des zweiten Edictes beruht, dass nämlich qui bona fide emit den Erwerber a non domino bedeute und den Bonitarier ausschliesse.

Diese beiden letzten Bedenken sprechen nun ganz ebenso auch gegen Lenels neue Hypothese, welche mit D. (6, 2) 11 § 3 im Frieden ist, nämlich:

2. ein Bonitarierdict mit Bonitarierformel (die bei G. 4, 36?) und dazu eine bona fide Kaufformel³⁾.

¹⁾ Fitting, Juristenschriften S. 5—7. — ²⁾ Allerdings hätte er bei Verallgemeinerung der b. f. Publiciana die zwei Edicte durch eins ersetzen müssen, und das war für römische Begriffe nichts Kleines. Auch hat Julian keineswegs jede von ihm gebilligte Praxis ins Edict aufgenommen, z. B. D. (39, 2) 7 § 2 und 9 pr. Aber trotz alledem, dieser Widerspruch zwischen prätorischer Satzung und prätorischer Uebung wäre zu stark gewesen, als dass ihn Julian vernünftiger Weise hätte bestehen lassen können. — ³⁾ Lenel, Palingenesie II p. 511 n. 1; p. 512 n. 3 ss.; p. 1264 corrigenda zu p. 512 (s. o. S. 226 A. 1).

Die angegebenen beiden Bedenken reichen zur Verwerfung dieses neuen Systems hin. Aber auch sonst spricht mehreres dagegen. Insbesondere ¹⁾, dass danach für die wichtige Publiciana für Erwerb a non domino noch bei Julian kein Edict gestanden hätte, sondern nur eine Formel. Lenel, Palingenesie II, p. 512 n. 3 suchte diesen Einwand durch die Vermuthung zu pariren, die b. f. Formel sei älter gewesen als das Bonitarieredict. Aber in den Corrigenden II, p. 1264 nimmt er diese Vermuthung zurück. In der That ist ja auch die umgekehrte Entwicklung der Publiciana wahrscheinlicher: den formlosen Erwerb wollte Publicius schützen und erst folgerweise schützte er den Erwerb a non domino.

3. ein allgemeines Bonitarieredict nebst ebenso allgemeinem bona fide Edict und zu beidem die Formel bei G. 4, 36.

So neuestens ²⁾ Appleton. Aber diese Annahme beruht auf der unmöglichen Uebersetzung von 'emit' durch 'empfang' (o. S. 235) und ist daher schon desswegen zu verwerfen.

4. ein einziges Edict für bonitarischen und bona fide Erwerb ex omni iusta causa, nämlich das Edict D. (6, 2)

1 pr. ohne non a domino. Dazu zwei Formeln, nämlich die bei G. 4, 36 für den Bonitarier und eine zweite mit qui bona fide emit (o. S. 235 A. 1) für den Erwerber a non domino. So Carusi S. 65 f., aber sein Ausgangspunkt Erwerb bona fide = Erwerb a non domino erscheint verfehlt.

5. ein einziges Edict für bonitarischen und bona fide Erwerb ex omni iusta causa. Dazu als einzige die Formel bei G. 4, 36. Beides verbunden durch einen Ueber-

¹⁾ Eine auffallende Folge von Lenels System ist auch, dass danach noch bei Julian die Publiciana edictal auf res Mancipi beschränkt gewesen wäre. Denn neben dem auf id quod Mancipatur ausdrücklich abgestellten Edict hätte für den Erwerb a non domino eine Formel gestanden, die nach G. 4, 36 und nach Edictssitte ebenfalls eine res Mancipi zum beispielsweisen Gegenstand gehabt hätte. Praktisch wäre natürlich die b. f. Publiciana a fortiori auch für res nec Mancipi gewährt worden. Aber dass Julian diese Verallgemeinerung nicht auch edictal zum Ausdruck gebracht hätte, das passt wenig zu dem theoretischen Verallgemeinerungsdrang der Kaiserjuristen. — ²⁾ In dem S. 214 A. 2 erwähnten schriftlichen Nachtrag.

gangssatz, wie: *ei qui bona fide emit formulam huiusmodi dabo.*

So Schirmer und nach ihm Appleton in seinem Buch ¹⁾. Hier erscheint nur die Auffassung von *bona fide* = *a non domino* verwerflich. Die Idee selbst ist, wie sofort zu zeigen, durchaus nicht unannehmbar.

Zum Schluss ein eigener Restitutionsversuch.

Die eben besichtigte Kartenhäuser-Trümmerstätte ist nicht ermuthigend für solche Neubauversuche. Sie bestätigt zu sehr Studemunds: *'fallax opinio divinatrix'*.

So wird denn von vornherein auf ein irgendwie sicheres Ergebniss verzichtet und weiter nichts beabsichtigt als klarzustellen, was hinsichtlich des julianischen *Publicianaedicts* als möglich, wahrscheinlich oder sehr wahrscheinlich anzunehmen ist.

Sehr wahrscheinlich und daher der Ausgangspunkt aller weiteren Vermuthungen ist, dass *qui bona fide emit* auf *Publicius* zurückgeht, und dass für *Publicius* *'bona fide emptor'* jeder *usucapionsbedürftige* und *usucapionsfähige* Käufer war.

Der Satz *'qui bona fide emit'* gehört also zu einer *Doppelpubliciana*, die den Bonitarier und den Käufer *non a domino* gleichmässig schützte.

Zu einer solchen *Doppelpubliciana* passt nun durchaus auch unser zweites Zeugniß: der Edictsbericht und die Formel bei G. 4, 36.

Ebenso passt dazu das Edict D. (6, 2) 1 pr.

Denn so unhaltbar Brezzos Behauptung ist, das *'non a*

¹⁾ Schirmer, Krit. Vierteljahrsschrift XVIII S. 349 ff. Er nimmt als Edict D. (6, 2) 1 pr. an mit Fortlassung von *non a domino*. Appleton Nr. 44, durch Lenel von der Unmöglichkeit des *'id quod traditur ex iusta causa'* überzeugt, und gegen Lenel von der Unmöglichkeit zweier Edicte, hatte folgendes Edict conjicirt, was er seitdem selbst aufgegeben hat:

Si quis id quod traditur vel mancipatur traditum ex iusta causa et nondum usucaptum petet iudicium dabo.

Noch unmöglicher erscheint Bonfantès Conjectur (Riv. p. l. scienc. giur. 1890 p. 97), die er selbst *'non troppo felice'* nennt: *Si quis id quod mancipatur ex iusta causa traditum sibi, sive is qui bona fide emit id quod vel mancipatur vel traditur ex ea causa traditum sibi et nondum usucaptum petet, iudicium dabo.*

domino' sei echt und bewaise den Ausschluss des Bonitarius, ebenso unhaltbar ist Lenels Versuch, aus dem 'non a domino' (Trib. für 'a domino') und dem 'id quod traditur' (Trib. für 'id quod mancipatur traditum') ein Bonitarieredict zu erschliessen. 'Non a domino' kann ganz und gar interpolirt sein und 'traditur' kann z. B. in der oben dargelegten Weise aus 'traditum erit' (tradit' èr) entstanden sein. Es zwingt, ja sogar es berechtigt uns also schlechterdings nichts, das Edict D (6, 2) 1 pr. auf den bonitarischen Erwerb a domino zu beschränken¹⁾.

So kann denn die sachlich allein interessante Frage der Edictsrestitution, die Frage nämlich, ob eine oder zwei Publicianen, als gelöst angesehen werden und zwar als gelöst im Sinne der Einheit²⁾. Die Quellen und die allgemeinen Erwägungen (eine Usucapion, also eine Publiciana!) sprechen in vielem dafür und in nichts dagegen³⁾.

Was bleibt, ist eine blosse Wortfrage: wie lässt sich das 'qui bona fide emit' am besten mit dem Edict D. (6, 2) 1 pr. in Verbindung denken unter Berücksichtigung des Edictsberichts und zumal der Formel bei G. 4, 36.

Da das Edict nach D. (6, 2) 1 pr. und G. 4, 36 auf Erwerb 'ex omni iusta causa' ging, so muss die Beschränkung unseres 'qui bona fide emit' auf Kauf mit der gleichen Beschränkung der edictalen Musterformel zusammenhängen. Und zwar bieten sich zwei Möglichkeiten, von denen wir vielleicht die eine als die wahrscheinlichere bezeichnen können, dagegen keine als schlechtweg unwahrscheinlich.

Nämlich 'qui bona fide emit' gehört entweder der Formel selbst an und ist bei G. 4, 36 irgendwie ausgefallen, oder es stammt aus einem Uebergangssatz von dem Edict D. (6, 2) 1 pr. — ohne non a domino — zu der Formel bei G. 4, 36.

Zuerst diese letztere, Schirmersche Idee.

¹⁾ Durchaus unanstössig ist in dem Edict (D. 6, 2) 1 pr. die abstracte Unbestimmtheit des Objects (id quod) und das Fehlen des Dativs bei traditum. Beides entspricht dem Edictsstil. — ²⁾ Auch Bonfante (Rivista p. l. sc. giur. 1890 p. 96) erblickt einen progresso felice Appletons gegenüber Lenel in der von ersterem vertretenen Einheit von Edict und Formel. — ³⁾ Ueber und gegen Lenels Behauptung, für den Bonitarier habe die b. f. Publiciana nicht genügt, später.

Sprachlich ist sie möglich, denn trotz Lenel kann 'qui bona fide emit' ein edictaler Satz sein (o. S. 233).

Sachlich hat man allgemein die Unerhörtheit solcher Uebergangssätze zwischen Edict und Formel geltend gemacht¹⁾.

Da uns kein einziges Edict mit Formel erhalten ist, wissen wir ja allerdings gar nichts von der Art ihrer Verbindung; aber 'ich weiss nicht, dass' und 'ich weiss, dass nicht' sind eben zweierlei. Im übrigen zeigt das Wenige, was wir von der formellen Einrichtung des Albums erfahren, dass von Einförmigkeit der Anordnung keine Rede war. Es genügt der Hinweis auf die wichtige Pfandklage, die als blosser Anhang der Serviana auftrat, die ihrerseits wieder ein Anhang war des auf der Anhangstafel der Interdicte figurierenden Salvianum.

Insbesondere aber scheinen die Einleitungen und Uebergänge in den älteren Edicten sehr bunt gewesen zu sein, und gerade hier die Kaiserprätoren, zumal Julian, im Sinne ihrer alexandrinischen Zeit auf Glätte und schematische Correctheit hingearbeitet zu haben.

Die drei uns erhaltenen älteren Edicte zeigen nämlich sämtlich eine lebendigere, naivere Fassung als die julianischen in den Pandekten. So das 'Uti possidetis' bei Festus mit seiner energisch unverbundenen Nebeneinanderstellung der Entscheidung und des Gewaltverbots. So vor allem die beiden Edicte bei Gellius.

Das Aedilenedict bei Gellius 4, 2:

Titulus (servorum) singulorum utei scriptus sit curato
ita utei intellegi recte possit quid morbi vitiive etc.

Diese anschauliche, aus dem Leben gegriffene Einleitung fehlt D. (21, 1) 1 pr.

Ferner Gellius 11, 17:

Qui flumina retanda publice redempta habent, si quis
eorum ad me eductus fuerit qui dicatur etc.

Eine naive, lebendige Einleitung, offenbar der Vorläufer des späteren, langweilig correcten: 'si dicetur'²⁾.

¹⁾ Lenel in einem Brief an Appleton (I, p. 88). Wlassak, Edict und Klageform S. 79, Carusi, l'az. Publ. p. 68, Ferrini und Bonfante (p. 97) in den o. S. 213 A. 1 angeführten Kritiken. — ²⁾ Und daher

Bei dem römischen Schematismus war dies Edict aber ganz sicher nicht das einzige mit 'si ad me eductus fuerit qui dicatur'. Die anderen müssen eben sämtlich von den Kaiserprätores, zumal von Julian modernisirt worden sein.

Und so werden wir uns denn überhaupt das ältere Album gerade im Punkte der Einleitungen recht bunt und mannigfaltig zu denken haben.

Vorausgesetzt also (was keineswegs bewiesen ist), dass Uebergangsworte vom Edict zur Formel, wie 'iudicium huiusmodi dabo', nicht allenthalben üblich waren, so könnten sie doch bei einzelnen Edicten sich gefunden haben und so speciell beim publicianischen. Und hier könnte Julian den Uebergangssatz beibehalten haben.

Ein doppelter Anlass liesse sich für Schirmers Zwischensatz 'ei qui bona fide emit formulam huiusmodi dabo' denken. Einmal die starke Abweichung zwischen dem Edict D. (6, 2) 1 pr. mit jeder iusta causa und der Formel G. 4, 36 mit dem blossen Kauf.

Sodann und vor allem, dass wahrscheinlich dem allgemeinen Edict D. (6, 2) 1 pr. ein anderes speciell auf usucapionsfähigen Kauf (bona fide emptio) gehendes Edict vorherging, das Edict des Publicius (o. S. 238 A. 1). Von einem älteren Edict einen Rest festzuhalten in irgend welcher Form, z. B. als Formel-einleitung, das entsprach dem römischen Conservatismus.

Schirmers Uebergangssatz ist also durchaus möglich. Für ihn spricht, dass die Formel G. 4, 36 dabei unverändert bleiben kann, während sonst ein bona fide als darin ausgelassen angenommen werden muss.

Dahingegen spricht mehr für die Formelzugehörigkeit des bona fide emit Ulpian's Commentar dazu D. (6, 2) 7 §§ 11 ff. Wendungen, wie: Publiciana 'bonam fidem solius emptoris continet' oder 'tempus emptionis continet' sind allerdings auch bei einer dem b. f. emptor nur versprochenen Klage denkbar, deren Formel die bona fides nicht enthielt. Aber besser passen sie entschieden zu einer in der Formel selbst auf bona fide emptio abgestellten Klage.

mit Unrecht mit diesem identificirt von Karlowa, Röm. Rechtsgesch. I S. 467 A. 4 bei seiner Polemik gegen Dernburgs Alterskriterien.

Also: der Uebergangssatz (in Schirmers oder irgend einer anderen Form) ist möglich. Aber wahrscheinlicher ist die Formelzugehörigkeit des *(qui)* bona fide emit¹⁾.

¹⁾ Als Edictsbestandtheil aufgefasst, würde 'qui b. f. emit' ein 'ei qui b. f. emit . . dabo' fordern. Was wäre da zu dabo hinzuzudenken? Schirmer und Appleton (Nr. 44) vermuthen: ei formulam dabo, Lenel (Beitr., Edict.): ei iudicium dabo. Ersteres ist wahrscheinlicher, denn iudicium dare alicui scheint dem correcten Edictsstil fremd zu sein. Bei dem Interesse, das sich seit Wlassaks folgeschwerer Entdeckung an iudicium = formula knüpft, sei es gestattet, diese Behauptung hier zu begründen, obwohl sie für die Publicianarestitution durchaus gleichgiltig ist. Die Edictsreste bei Bruns-Lenel zeigen iudicium dare 45 Mal, und nur 2 Mal wird daneben der Kläger (im Dativ) erwähnt, nämlich:

D. (47, 10) 17 § 10: Si ei qui in alterius potestate erit, iniuria facta esse dicetur, et neque is cuius in potestate est, praesens erit, neque procurator . . existat . . causa cognita ipsi qui iniuriam accepisse dicetur iudicium dabo.

D. (21, 1) 1 § 1: quodsi mancipium adversus ea venisset . . . emptori omnibusque, ad quos ea res pertinet, iudicium dabimus ut id mancipium redhibeatur.

Liegt in diesen beiden Stellen die correcte Edictssprache vor, d. h. die ältere, republicanische? Kaum, da beide etwa kaiserzeitlich zu sein scheinen. Die erste wegen des doppelten 'si dicetur' und noch mehr, weil sie in der Klagbefugniß der Haussöhne eine kaiserzeitliche Lockerung der väterlichen Gewalt zeigt. In der zweiten Stelle aber wird der emptor als Empfänger der Klage offenbar nur deshalb erwähnt, um das Klagversprechen für seine Rechtsnachfolger daran knüpfen zu können. Es scheint nun aber, dass diese Erwähnung der Rechtsnachfolger erst allmählich in das Edict eindrang, da sie noch in Julians Redaction meistentheils fehlt. Es kann also in dem 'alicui' iudicium dare beider Stellen ein freierer Sprachgebrauch der Kaiserzeit vorliegen. Und dass er wirklich vorliegt, dafür spricht zunächst, dass 43 Mal im Edict neben iudicium dare die Erwähnung des Klägers fehlt, nämlich:

D. (3, 5) 3 pr.; D. (3, 6) 1 pr., dazu Bruns-Lenel S. 192; D. (4, 3) 1 § 1; D. (4, 5) 2 § 1; D. (4, 9) 1 pr.; D. (6, 2) 1 pr.; D. (9, 3) 1 pr.; 5 § 6; D. (9, 4) 21 § 2; D. (11, 3) 1 pr.; D. (11, 5) 1 pr.; D. (11, 7) 12 § 2; D. (13, 6) 1 pr.; D. (14, 1) 1 § 19; D. (15, 2) 1 pr.; D. (16, 3) 1 § 1; D. (21, 1) 1 § 1; 38; 42; D. (27, 6) 7 pr.; D. (39, 2) 4 § 7; 7 pr.; D. (39, 4) 1 pr.; 12 § 1; D. (42, 5) 9 pr.; D. (43, 4) 1 pr.; D. (43, 16) 1 pr.; D. (47, 8) 2 pr.; 4 pr.; D. (47, 9) 1 pr.; D. (47, 10) 15 §§ 2. 34.

Sodann sprechen für eine absichtliche Vermeidung von 'alicui iudicium dare' die folgenden Stellen, die den Kläger beim Klagversprechen ausdrücklich nennen, aber das iudicium dare stets anderweitig umschreiben:

Dafür der Commentar D. (6, 2) 11 § 7 ff. Dafür ferner die Form 'emit', die in ein Edict nur allenfalls, in eine Formel dagegen ohne weiteres passt.

D. (3, 3) 33 § 3: cuius nomine actionem dari sibi postulabit.

D. (25, 4) 1 § 10: quas actiones me daturum polliceor his ... eas .. ei non dabo.

D. (42, 8) 1 pr.: ei cui actionem dare oportebit ... actionem dabo.

D. (42, 8) 10 pr.: si eo nomine ... actio ei ex edicto meo competere esseve oportet.

D. (47, 12) 3 pr.: in eum in factum iudicium dabo ut ei ad quem pertineat ... condemnatur ... quicumque agere volet ei .. actionem dabo ... si plures agere volent ... ei agendi potestatem faciam ... si quis habitaverit ... in eum ... iudicium dabo.

Die letzte Stelle ist besonders charakteristisch. Die Klagverheissung erfolgt zweimal mit iudicium dabo, aber wenn der Kläger genannt werden soll, so geschieht es dreimal mit anderweiten Umschreibungen. Hiernach liegt in dem Fehlen des Klägers neben iudicium dare mehr vor, als das allgemeine prätorische Streben nach Kürze, was allerdings auch gerade in Weglassung von Dativen sich äusserte. Denn in diesen Stellen wird der Kläger ja 7 Mal genannt, aber es tritt für iudicium dare ein anderer Ausdruck ein. Dafür muss denn der Grund in dem Worte selbst liegen. Es muss also in iudicium = formula, wenigstens für den correcten prätorischen Sprachgebrauch, der Sinn des für beide gegebenen unparteiischen Gerichts zu sehr nachgewirkt haben, um es schlechtweg dem Kläger als persönliche Befugniss zuzuschreiben. Iudicium dare in aliquem sagte man allerdings, dagegen für iudicium dare alicui trat actionem (und natürlich auch formulam) dare alicui ein. Entsprechend scheinen auch noch die Pandektenjuristen iudicium für Klagbefugniss zu vermeiden, wenigstens fehlt es in den Büchern D. 2. 3. 4. Interessant ist, als anscheinend absichtliche Vermeidung, Paulus D. (3, 5) 46 (47) pr.: actio n. g. illi datur cuius interest hoc iudicio experiri. Von den Gesetzfragmenten steht mit dem behaupteten Sprachgebrauch nicht im Widerspruch lex Rubria c. 23: 'inter eos qui de familia erceiscunda deividunda iudicium sibi darei ... postularint', denn hier ist iudicium nicht = einseitige Klagbefugniss. Noch auch lex Urson. 125. 126. 128. 129. 130. 131. 132: eiusque pecuniae cui ... volet recipatorio iudicio apud duumvirum ... actio petitio persecutio esto. Dagegen scheint in der That iudicium = Klagbefugniss (nämlich iudicium iudicemve dare alicui) vorzukommen lex agraria l. 30. Das wird aber nur eine Annahme sein und behauptet werden dürfen, dass im correcten Sprachgebrauch iudicium nicht die Klagbefugniss bedeutete, insbesondere also für alicui iudicium dare regelmässig alicui actionem (oder formulam) dare eintrat. — Dies zur Er-

Gegen die Formelzugehörigkeit spricht das Fehlen des 'bona fide' in der Formel bei G. 4, 36. Wie weit geht die Genauigkeit des Gaius und zwar unseres, veronesischen Gaius in Wort- und Formelfragen? Mehrere Auslassungen zeigt unser § 36, insbesondere Auslassung des *ex iure Quiritium* in der Formel. Dieselbe Auslassung bekanntlich G. 4, 92. *Ex fide bona* fehlt G. 4, 60 und 131^a, wobei dahingestellt bleiben muss, ob durch Schuld des Schreibers oder des Gaius selbst. Dass Gaius manchmal absichtlich die Formeln kürzte, zeigt die Weglassung der *exceptio vitiosae possessionis* im *Uti possidetis* und *Utrubi*. Aber hier weist er selbst darauf hin (*summa conceptio . . haec est* G. 4, 160). Dagegen giebt er ohne Warnung G. 4, 59 die unmögliche *demonstratio* 'quod ego de te emi'.

Da könnte denn auch in unserer Formel ein *bona fide* vom Schreiber oder von Gaius selbst¹⁾ weggelassen worden sein.

Sachlich erscheint das *bona fide* für die gajanische Formel recht überflüssig, da schon die *Usucapionsfiction* den *mala fide* Käufer ausschloss. Aber *superflua non nocent*. Und gerade diese Ueberflüssigkeit konnte Gaius zur Weglassung veranlassen.

Und noch mehr ein anderes: die altmodische Doppelbedeutung, in der *Publicius* das Wort 'bona fide emptio' gebraucht und in der *Julian* es beibehalten hatte. Für Gaius und seine Institutionisten war *bona fide emptor* nur der *emptor a non domino* (G. 2, 43). Da lag es nahe, das *bona fide* wegzulassen, damit sie die *Publiciana* als auch für den *Bonitarier* gültig erkannten.

gänzung von Wlassak, *Processges.* I S. 77; *Litiscont.* S. 28, und zugleich zur Rechtfertigung der obigen Behauptung, dass, wenn unser *q. b. f. e. edictal* ist, ein 'ei formulam dabo' hinzuzuvermuthen wäre.

¹⁾ Aber ohne Warnung. Denn das 'veluti', womit er anscheinend die Formel einleitete, darf nicht, mit *Carusi*, l'az. *Publiciana* Note 61, als Hinweis auf die bloss auszugsweise Angabe der Formel aufgefasst werden. Denn dies 'veluti' geht mehr als vollkommen auf in der doppelt beispieleweisen Bedeutung der Formel bei G. 4, 36: Kauf statt *omnis iusta causa* und der *homo* mit Jahresersitzung gegenüber der auch für Grundstücke mit zweijähriger Ersitzung geltenden *Publiciana*.

Als wahrscheinlichste Restitution von Julians Publiciana-edict erscheint also:

Si quis id quod traditum erit ex iusta causa nondum usucaptum petet iudicium (huiusmodi) dabo:

Si quem hominem A^{us} A^{us} bona fide emit et is ei traditus est etc.

III.

Die Einheit der Publiciana.

Das im Vorigen geltend gemachte Hauptargument für die Einheit der Publiciana, nämlich der allgemeine den Bonitarier umfassende Sinn von 'qui bona fide emit' ist Appleton entgangen, da ihm Brinz' Buch unbekannt geblieben ist (o. S. 214 A. 3). Dagegen hat er für diese Einheit verschiedene gute Gründe beigebracht, die hier in Kürze dargelegt werden sollen, unter Vervollständigung und manchmal unter Berichtigung des Quellenbeweises.

Lenel hatte in den Beiträgen S. 49 ff. für seine Bonitarierpubliciana (si quem hominem a domino emit) geltend gemacht, sie habe dem Kläger einen ausgiebigeren Schutz gewährt, als die der exceptio dominii ausgesetzte bona fide Publiciana. Und ferner, sie habe ihm für den Sklavenerwerb die vortheilhaftere Behandlung als Bonitarier gesichert. Aber diese beiden Argumente widerlegt Appleton.

Hinsichtlich des Sklavenerwerbs macht er mit Recht geltend (Nr. 26), dass jeder Sieger in der Publiciana die volle Restitution ganz wie im Eigenthumsprocess erhält: in Publiciana actione omnia eadem erunt quae et in rei vindicatione diximus (Ulp. D. (6, 2) 7 § 8).

Ebenso zeigt er (Nr. 25), dass die bona fide Publiciana dem Bonitarier den ausgiebigsten Schutz gewährte, insbesondere gegen die exceptio dominii die replicatio rei venditae (donatae etc.) et traditae.

Vielleicht wird Lenel hiergegen geltend machen, die exceptio (und replicatio) rei venditae et traditae habe ursprünglich nur zwischen den Contractsparteien gegolten¹⁾. Indess

¹⁾ Lenel, Edictum S. 405, wo aus dem 'proderit' und 'nocebit' Hermogenians D. (21, 3) 3 geschlossen wird: 'der Uebergang der ex-

selbst wenn dies so gewesen sein sollte, hätte der Bonitarier den nöthigen Schutz gefunden in der ziemlich gut bezeugten Regel, dass der Prätor die *exceptio dominii* nur *causa cognita* ertheilte ¹⁾).

ceptio auf die Successoren wird aus dem Musterformular wohl nicht zu erkennen gewesen sein; er dürfte auf Jurisprudenz und Praxis zurückzuführen sein'.

¹⁾ Pap. D. (17, 1) 57: cum *exceptio dominii causa cognita* detur. Diese Stelle mit Savignys Auslegung, die später als allein möglich zu vertreten sein wird, ist allerdings das einzige Zeugniß für die *causae cognitio* bei der Eigenthumseinrede. — Was Appleton Nr. 211—213 sonst noch (nach Huschke) an Beweisen für diesen Satz beibringt, ist ohne überzeugende Kraft.

1) Gar nichts ist zu entnehmen aus der abgerissenen Bemerkung D. (6, 2) 16 Pap. X quaest. Paulus notat: *exceptio iusti dominii Publicianae obicienda est* (vgl. z. B. *condicendi sunt* D. (12, 1) 4 § 1).

2) Kaum besser ist der Schluss aus dem angeblich wechselnden Wortlaut der *exceptio dominii* auf ihre *causa cognita* Natur.

Causae cognitio soll gleichbedeutend sein mit Nichtproponirung im Edict wegen G. 4, 118: *exceptiones autem alias in edicto praetor habet propositas alias causa cognita accomodat*.

Und der wechselnde Wortlaut unserer Einrede soll deren Nichtproponirung beweisen. Aber wechselt denn ihr Wortlaut wirklich und wird nicht vielmehr als stehender und daher möglicher Weise edictaler Wortlaut bezeugt:

si non (extra quam si) ea res N¹ N¹ est ex iure Quiritium, was durchaus in die Publicianaformel bei G. 4, 36 passt.

Für *si non ea res N¹ N¹ est* sprechen: Neratius D. (6, 2) 17: *exceptio*: 'si ea res possessoris non sit', Julian D. (44, 2) 24: *exceptionem*: 'si non eius sit res', Ulpian D. (44, 4) 4 § 32: *adversus excipientem*: 'si non suus esset'. Dagegen führt man an African D. (9, 4) 28: *adversus excipientem*: 'si dominus eius sit'. Aber das ist offensichtlich eine blosse Inhaltsangabe. Seit wann wird formular der Eigenthümer als 'dominus' bezeichnet? Seit wann beginnt ferner eine *exceptio* mit 'si'? Wenn African die Exception so zurechtete, so kann er sie auch statt auf die Sache incorrecterweise auf den Eigenthümer als Subject abgestellt haben. Solche ungenauen Citate sind ja auch für zweifellos edictale Formeln häufig, z. B.:

G. 4, 59: *Quod ego de te hominem Erotem emi*.

Papinian D. (6, 2) 14: *si non auctor meus ex voluntate tua vendidit*.

Marcian D. (20, 4) 12 pr.: *exceptio . . . 'si non mihi antea pignori . . sit res obligata'*.

Ja diese Regel selbst dürfte für die Einheit der Publiciana zeugen. Für eine bloss dem Nichteigenthümer zugedachte Publiciana erscheint dieselbe schwer erklärlich.

Vorbehalt der *causae cognitio* für die Eigenthumseinrede hätte hier den Prätor in den Verdacht gebracht, er bezwecke 'ut res domino auferatur', Neratius D. (6, 2) 17. Denn dass der Nichteigenthümer den Eigenthümer besiegen solle, war ein seltener Fall, dem mit der *replicatio rei venditae et traditae* hinreichend Rechnung getragen war. Anders wenn nur eine Publiciana bestand. Hier sollte eine ganze Classe von Eigenthümern, die bloss *quiritarischen*, der Publiciana immer unterliegen. Hier war daher eine dahingehende allgemeine Regel ebenso am Platz, als sie für jene seltenen Fälle des Sieges eines Nichteigenthümers unzweckmässig und unrömisch gewesen wäre:

ad ea potius debet aptari ius quae et frequenter et facile quam quae perraro eveniunt (Celsus D. (1, 3) 5).

Aber der Bonitarier musste nicht bloss siegen, wenn der Verklagte als Eigenthümer auftrat, sondern a fortiori auch, wenn er bloss publicianischen Erwerb behauptete. Bei Lenels Formel: 'si quem hominem A^{us} A^{us} a domino emit' wäre er des Sieges sicher; ist ers auch bei der nach Appletons Vorgang hier angenommenen Ausrüstung mit der *bona fide Publiciana*?

Appleton bejaht es; gegen die Einrede publicianischen Besitzes sei dem Bonitarier und sonstigen gleichgestellten Publicianaklägern die Replik gestattet gewesen: *se a domino emisse*. Hiergegen ist aber von Brezzo Widerspruch erhoben worden¹⁾. Die Frage ist daher noch einmal genau zu prüfen, um so mehr, als sie direct präjudicirlich ist für die nach vieler Vorgang auch von Appleton aufgestellte Behauptung, in der Kaiserzeit habe der Eigenthümer mehr und mehr die Publiciana der Vindication vorgezogen. Denn diese Gewohnheit hätte sich jedenfalls nicht einbürgern können, wenn der Besitzer durch Erbitung einer publicianischen Exception, also durch die blosse Behauptung titulirten Erwerbs den Eigenthümer entwaffnet hätte und gezwungen, statt der Publiciana die Vindication zu postuliren.

¹⁾ Appleton Nr. 217 ff. — Brezzo, *Rei vind. ut.* p. 124 ff.; *Archivio* XLIII p. 285.

Es ist indess Appletons Behauptung einer Einrede publicianischen Besitzes mit Replik des Erwerbs a domino durchaus beizutreten.

Für die exceptio possessionis Publicianae spricht das von Ulpian für den Superficiar aufgestellte Princip:

dicendum est exceptione utendum in factum data, nam cui damus actionem, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit D. (43, 18) 1 § 4.

Also: weil der Prätor dem Superficiar eine actio (in factum) verheisst, so hat derselbe auch eine exceptio in factum. Genau ebenso beim Pfandrecht, aus der actio in factum quasi Serviana folgte eine in factum redigirte exceptio pignoris (Marcian. D. (20, 4) 12 pr.)¹⁾.

Da kann und muss auch neben der actio Publiciana eine publicianische Exception gestanden haben²⁾, und zwar wird

¹⁾ Wie vollkommen die Juristen die exceptio und actio quasi Serviana auf eine Linie stellten, erhellet z. B. aus folgenden zwei Stellen:

1. Gaius D. (20, 4) 11 § 4: si paratus est posterior creditor priori creditori solvere quod ei debetur, videndum est an competat ei hypothecaria actio nolente priore creditore pecuniam accipere, et dicimus priori creditori inutilem esse actionem cum per eum fiat ne pecunia solvatur. — Hat der zweite Gläubiger (gegen den ersten) die Pfandklage, d. h. versagt dem ersten gegen den zweiten die exceptio pignoris? fragt Gaius. Und er antwortet: ja, der erste hat keine Pfandklage mehr (statt 'keine Pfandinrede').
1. Severus C. (8, 32 (33)) 1: Si pecuniam tibi non esse numeratam atque ideo frustra cautionem emissam et pignus datum probaturus es, in rem experiri potes: nam intentio dati pignoris neque redditae pecuniae non aliter tenebit quam si de fide debiti constiterit. Eademque ratione veritas servetur si te possidente pignus adversarius tuus agere coeperit. — Die exceptio pignoris greift nicht durch, wird ausgedrückt durch intentio dati pignoris non tenebit. —

²⁾ Dafür auch der a fortiori Schluss von der exceptio dominii. Wenn der Prätor dem Eigenthümer zu Liebe nicht cognoscirte noch die Publiciana denegirte, sondern ihm einfach eine Exception gab, wird er um einen blossen publicianischen Besitzer nicht stets selbst cognoscirt haben. So mit Recht Appleton II p. 12. — Dagegen allerdings Brezzo (Archivio XLIII p. 285): der Prätor habe den publicianischen Besitzer nur und immer durch Klagdenegation geschützt. Aber seine Begründung ist unzureichend: la prova del dominio è ben più lunga e complicata che non quella di un acquisto di b. f., e . . . il confrontare la

Appleton Recht haben, wenn er sie nach dem Muster der Klage ficticisch redigirt denkt:

nisi si eundem hominem N^{us} N^{us} anno possedisset tum si eum hominem eius ex iure Quiritium esse oporteret¹⁾.

Wie aber gegen die Publiciana actio die exceptio dominii Platz griff, genau so vermuthet Appleton mit Recht eine Replik des Erwerbs vom Eigenthümer gegen diese publicianische Einrede.

Die Ausdrucksweise der bekannten beiden Stellen über den Conflict zwischen zwei publicianischen Erwerbern bestätigt durchaus diese Annahmen Appletons.

D. (6, 2) 9 § 4 Ulpian Lenel 570:

Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus quis magis Publiciana uti possit, utrum is cui priori res tradita est, an is qui tantum emit (ὁ πρῶτος ἡγοραχῶς), et Iulianus scripsit ut si quidem ab eodem non domino emerint potior sit cui priori res tradita est, quod si a diversis non dominis melior causa sit possidentis quam petentis. Quae sententia vera est.

Nach dem Schluss: melior causa sit possidentis quam

data dei titoli, fosse anche per esame sommario di testi, non pare che esorbiti dai limiti della praetoria causae cognitio. — Zugegeben selbst, dass der Prätor mit der blossen causae cognitio hätte durchkommen können, so würde doch die Analogie der Eigenthumseinrede, der exceptio pignoris und superficiei entscheidend für das Bestehen einer publicianischen Einrede sprechen.

¹⁾ Appleton I p. 58 n. 15, II p. 13. Dagegen Brezzo R. vind. ut. p. 125: es sei undenkbar, dass dieselbe Formel für Kläger und für Verklagten Eigenthum angenommen hätte. — Aber das lag ja auch in der Publiciana mit exceptio dominii vor. Intentio und exceptio standen eben in keinem inneren, logischen Zusammenhang. War die exceptio begründet, so war die Klage stets und ohne weitere Erörterung abzuweisen. Da kam denn der Geschworene gar nicht dazu, zu untersuchen, ob und wie intentio und exceptio sich inhaltlich mit einander vertrügen. Bei alledem bleibt Appletons doppelte Fiction natürlich auffallend und in unseren Quellen beispieillos. Aber für den Formularprocess sind 'unsere Quellen' eben durchaus unzulänglich. Und das soeben festgestellte Princip der gleichen Formulirung von actio und exceptio spricht für die Anwendung der gleichen Fiction auch für die publicianische Klage und Einrede.

petentis, handelt es sich um einen Process zwischen zwei publicianischen Erwerbern. Da ist denn die Frage: quis magis Publiciana uti possit? so zu verstehen wie unsere obigen Stellen über die exceptio pignoris, die von der actio und der intentio pignoris sprechen, wo sie die Pfandeinrede meinen (o. S. 252 A. 1). Genau so steht hier Publiciana gegen Publiciana, nämlich exceptio P. gegen actio P.

Potior sit cui priori res tradita sit erklärt sich durch die replicatio rei venditae et traditae gegen die exceptio Publiciana.

Bezeugt diese Stelle die publicianische Einrede, so tritt bei Neratius auch die Replik des Erwerbs vom Eigenthümer hervor.

D. (19, 1) 31 § 2 Nerat. Lenel 21:

Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emptio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est: sive ab eodem emimus, sive ab alio atque alio is ex nobis tuendus est qui prior ius eius apprehendit, hoc est cui primum tradita est. si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est.

Der Schlusssatz zeigt, wie Appleton Nr. 223 mit Recht betont, die beiden Prätendenten im Process mit einander.

Da fällt denn auch für den Anfang der Stelle die wenig natürliche Auslegung Savignys, wonach Neratius hier erörterte, welcher von zwei publicianischen Erwerbern gegen einen dritten Besitzer klagen könne¹⁾.

Ganz wie in der vorigen Stelle handelt es sich auch hier um einen Process zwischen zwei publicianischen Erwerbern, 'is tuendus est' heisst einfach, es muss ihm mit exceptio oder replicatio der Sieg verschafft werden²⁾.

¹⁾ Neratius' Entscheidung ist und bleibt also im Widerspruch mit der des Julian und Ulpian D. (6, 2) 9 § 4 und des Paulus D. (50, 17) 128 pr. (ad Publicianam Lenel 298): in pari causa possessor potior haberi debet. — Appleton II p. 24—25 formulirt die Streitfrage gut dahin, ob zwischen zwei titulirten Erwerbern, von denen keiner das Eigenthum seines auctor beweist, der ältere Titel oder der gegenwärtige Besitz entscheide, und II p. 336—340 zeigt er dieselbe Controverse als in der neuesten französischen Jurisprudenz anhängig: Aubry & Rau II § 219 Note 10 mit Julian, Ulpian und Paulus für den Besitz, der Arrestist bei Dalloz 66 I 5 Note mit Neratius für den älteren Titel. —

²⁾ Tueri bedeutet keineswegs immer einen ausserordentlichen, cog-

Im übrigen scheint Neratius in der ganzen Stelle an eine und dieselbe Klage zu denken, welche also den Käufer a non domino ganz ebenso beschützte wie den Käufer a domino (nämlich von bloss tradirten res Mancipi). Der letztere soll 'omnimodo' geschützt werden, also als Kläger wie als Beklagter. Da wird er denn wie als Beklagter exceptionsweise, so als Kläger replicirend auf die actio oder exceptio Publiciana haben antworten können, er habe vom Eigenthümer erworben.

Die Stelle bestätigt also Appletons Vermuthung über die Art, wie der Bonitarier in der b. f. Publiciana den ihm gebührenden absoluten Schutz fand.

Den Nachweis, dass die b. f. Publiciana für den Bonitarier ausreichte, verstärkt nun Appleton (Nr. 25) noch durch die Feststellung, dass Lenels Bonitarierpubliciana praktisch sehr unzweckmässig gewesen wäre. In der That hätte dieselbe von dem Bonitarier a limine und jedem Besitzer gegenüber den Beweis des dominium auctoris gefordert. Das ist nicht wahrscheinlich. Allerdings übertreibt und verallgemeinert Appleton die Schrecken der diabolica probatio. Hier indess ist ihm Recht zu geben. Denn die Objecte, wegen deren hauptsächlich die Bonitarierpubliciana stattfand: Grundstücke und Sklaven, waren zugleich die, für welche der Eigenthumsstreit am häufigsten und damit der Eigenthumsbeweis am

nitionsweisen Schutz. Hier einige Stellen, die es in der oben vorausgesetzten Weise für die Hülfe durch die gewöhnlichen Processmittel anwenden:

- D. (6, 2) 14 (Pap. bei Ulp.): ein Mandatar hat verkauft, emptorem tuebitur praetor sive possideat, sive petat rem ... exceptione .. 'Si non auctor meus ex voluntate tua vendidit'.
- D. (10, 2) 44 § 1 (Paul.): si .. communi dividundo actum sit (imperio continenti iudicio) adiudicationes praetor tuetur exceptiones aut actiones dando.
- D. (8, 5) 16 (Iul.): bei Kauf des Tropfenfallsrechts: 'an ex hac causa actione quadam vel exceptione tuendus sim?'
- D. (41, 1) 41 (Ulp.): im Besitz der Statuen: tuendi cives erunt et adversus petentem exceptione et actione adversus possidentem iuvandi.
- D. (20, 1) 18 (Paul.): bei Pfandbestellung eines Nichteigenthümers: sic tuetur me per Servianam praetor quemadmodum debitorem per Publicianam.

schwierigsten war. Gerade für Grundstücke und Sklaven suchte man nach Gaius, Ulpian und Diocletian¹⁾ diesen Beweis durch ein Interdict von sich ab und auf den Gegner zu überwälzen. Da wird denn auch die Publiciana gesucht haben, dem Bonitarier diesen Beweis ganz abzunehmen (wenn der Gegner mit der *exceptio dominii* antwortete) oder ihn doch wenigstens bis aufs äusserste hinauszuschieben (wenn der Gegner seine publicianische Einrede bewiesen hatte und nun der Bonitarier seine Replik des Erwerbs *a domino* beweisen musste). —

Die den Quellen am besten entsprechende Annahme einer einzigen Doppelpubliciana erscheint also auch nach processualischen und praktischen Rücksichten als die weitaus wahrscheinlichste.

IV.

Die Terminologie für die Inhaber der Publiciana.

Wie die Usucapion so galt auch die Publiciana für den materiell unvollkommenen Erwerb *a non domino* und für den bloss formell unvollkommenen Erwerb *a domino*²⁾. Im vorigen wurde behauptet, dass entsprechend der einen Usucapion auch eine einzige Publiciana für diese beiden Kategorien von Erwerbern galt und ebenso der Name *bonae fidei emptor* ihnen beiden gemeinsam war.

Hier soll nun festgestellt werden, was die Quellen über die Benennung der Publicianainhaber ergeben. Es handelt sich meist um negative Feststellungen, also bei der Beschaffenheit unserer Quellen um unsichere. Aber jedenfalls widersprechen dieselben, so wie sie sind, der Annahme von Brinz

¹⁾ Gaius 4, 150. 160; Ulpian D. (43, 17) 1 § 3; Diocletian C. (3, 32) 13: *Ordinarii iuris est ut Mancipiorum orta quaestione prius exhibitis Mancipiis de possessione iudicetur ac tunc demum proprietatis causa ab eodem iudice decidatur.* — ²⁾ Also für den Erwerb von *res Mancipi* durch blosser Tradition, für die prätorische Ueberweisung von Sachen (dem *missus ex Ildo decreto* giebt wenigstens Paulus D. (39, 2) 18 § 15 die Publiciana) und — worauf Schulin, Röm. Rechtsgesch. § 71 dankenswerther Weise hinweist — für den Erwerb von einem prätorischen Erwerber. Insbesondere von einem *bonorum possessor* und *bonorum emptor*.

und Appleton¹⁾, dass noch die Pandektenjuristen die beiden Usucapionsaspiranten als wesentlich gleichartig, nach Appleton als prätorische Eigenthümer, aufgefasst hätten. Die Terminologie zeigt vielmehr eine fortschreitende Erkenntniss und Anerkennung ihrer materiellen Verschiedenheit.

Allerdings gab es für Ulpian und Paulus ein prätorisches Eigenthum (*dominium schlechtweg*), aber darunter fiel nur der praktisch unentreissbare Erwerb, nicht dagegen der *bona fide* Erwerb vom Nichteigenthümer.

Zunächst die Terminologie für den Erwerber *a domino*.

Dass er '*bonae fidei emptor*' genannt wurde noch bis zu Julian und Ulpian, zeigen die oben (S. 236 ff.) besprochenen Stellen: D. (41, 4) 8; D. (6, 2) 7 § 11; D. (48, 5) 28 (27) § 1, sowie vor allem der Passus über *bona fide emere* in Julians *Publicianaedict* (*Edict sensu lato*), wenn man denselben in der oben vertretenen Weise auffasst.

Ein *bonae fidei emptor* muss nun auch, scheint es, '*bonae fidei possessor*' genannt werden. Allerdings dürfte, wie oben vermuthet wurde, *bonae fidei emptio* für Publicius den Kauf auf Treu und Glauben bedeutet haben, die *bona fides* also vom Kauf prädicirt worden sein und nicht vom Käufer. Aber in der entwickelten *Publiciana*- und *Usucapionslehre*, und zumal im Munde Julians und Ulpian, ging der Ausdruck natürlich auf die Redlichkeit des Käufers: *quomodo enim mala fide emisse videtur qui a domino emit*, Jul. D. (41, 4) 8.

Da könnte man es denn nur für Zufall halten, wenn unsere fragmentarischen und hinsichtlich des Bonitarius interpolirten Quellen seine Bezeichnung als *bonae fidei possessor* nicht zeigen. Wahrscheinlicher ist aber, dass kein blosser Zufall vorliegt. Bei den späteren Classikern war in der That, wie sofort zu zeigen, der Erwerber *a domino* von dem *a non domino* schon so sehr differencirt, dass sie ihn kurzweg *dominus* nannten. Da vermieden sie denn wohl die Bezeichnung *bonae fidei possessor* für ihn, während durch das *publicianische Edict* die Doppelbedeutung des *bonae fidei emptor* sich etwas mehr im Gebrauch erhalten mochte.

¹⁾ Brinz z. R. d. h. f. p. S. 80, S. 138; Appleton Nr. 3—369 (oben S. 215).

Jedenfalls: unsere Quellen, die den Erwerber a domino dreimal bonae fidei emptor nennen, bezeichnen ihn kein einziges Mal als bonae fidei possessor.

Als Beweis für das Gegentheil wird vor allem ¹⁾ D. (11, 7) 14 § 1 angeführt von Brinz, unter voller Beistimmung Hartmanns, und unabhängig von ihnen von Appleton ²⁾.

D. (11, 7) 14 § 1 Ulpian Lenel 750:

Si colonus vel inquilinus sit is qui mortuus est, nec sit unde funeretur, ex invecis illatis eum funerandum Pomponius scribit, et si quid superfluum remanserit hoc pro debita pensione teneri.

Sed et si res legatae sint a testatore de cuius funere agitur nec sit unde funeretur, ad eas quoque manus mittere oportet: satius est enim de suo testatorem funerari quam aliquos legata consequi. Sed si adita fuerit postea hereditas, res emptori auferenda non est, quia bonae fidei possessor est et dominium habet qui auctore iudice comparavit. Legatarium tamen legato carere non oportet, si potest indemnitas ab herede praestari: quod si non potest, melius est legatarium non lucrari, quam emptorem damno adfici.

Daraus entnommen:

D. (50, 17) 137: qui auctore iudice comparavit bonae fidei possessor est.

In dem als b. f. possessor bezeichneten Käufer sieht man

¹⁾ Ausserdem beruft sich Brinz z. R. d. b. f. p. S. 86 noch auf D. (22, 1) 45, Pomp. ad Q. Mucium: fructus percipiendo uxor . . . ex re donata suos facit illos . . . quos suis operibus adquisierit . . .: nam si pomum decerpserit . . . non sit eius, sicuti nec cuiuslibet b. f. possessoris; aus den letzten Worten ist in der That mit Brinz und Pernice (Labeo II S. 166 A. 49) zu schliessen, dass für Pomponius (und Q. Mucius) gewisse b. f. possessores alle Früchte erwarben, andere nur die erarbeiteten. Willkürlich ist es aber, wenn Brinz in den ersteren die Bonitarier sieht und in den quilibet die Erwerber a non domino. Da Schenkung unter Ehegatten vorliegt, das Paradigma des Erwerbs ohne causa (z. B. D. (41, 7) 5 pr.), so liegt es weit näher, mit Pernice den Gegensatz auf b. f. possessio mit und ohne iusta causa zu deuten. —

²⁾ Brinz z. R. d. b. f. p. S. 84 ff.; Hartmann, Krit. Vjschr. XVIII S. 163 f.; Appleton Nr. 4.

ganz allgemein einen prätorischen Erwerber *a domino*. Aber dabei wird die offenbar absichtliche Steigerung in der Stelle nicht beachtet: erst verpfändete Sachen, dann veräußerte, nämlich (*per vindicationem*) legierte. Nur von diesen spricht der Schluss der Stelle. Nur ihr Erwerber (anders Brinz) wird b. f. possessor genannt und zwar erst: *si adita fuerit hereditas*. Dann aber besitzt er in der That die namens der Erbschaft an ihn verkauften Sachen *a non domino*, denn vom Erbschaftsantritt an wirkt das Legat und gehören, nach beider Schulen Ansicht, die Sachen nicht mehr zur Erbschaft: G, 2, 195. 200. Hier konnte und musste also von wahrer b. f. possessio gesprochen werden, vgl. z. B.:

Marcian D. (34, 5) 15 (16): *si pecuniam hereditariam legatam crediderit heres: . . si . . non repudiaverit legatarius, alienam pecuniam credidit.*

Das 'et dominium habet' unserer Stelle ist also auf alle Fälle missverständlich. Wer es hinzufügte, war in demselben Irrthum wie die modernen Ausleger, dass ein nur formell mangelhafter Erwerb *a domino* vorliege. Da die Worte in der Parallelstelle fehlen, so darf ihre tribonianische Herkunft als sicher behauptet werden¹⁾. Denn schwerlich hätten die Compileratoren ein ulpianisches 'dominium habet' weggelassen, um eine *regula iuris* aus D. (11, 7) 14 § 1 zu machen. Viel eher hätten sie da den *bonae fidei possessor* gestrichen, der ja für sie unbedingt nur den Erwerber *a non domino* bedeutete. Denn dass man *auctore iudice* (*praetore*)²⁾ nur b. f. possessio erwarb, kam zwar oft genug vor, aber doch nur als Ausnahme. Als Regel war zu lehren: 'dominium habet qui auctore iudice comparavit'.

¹⁾ So auch Pernice, Labeo II, S. 189 A. 47 ('sicher'), Lenel, Paling. II, p. 565 N. 1. — ²⁾ Zu 'auctore iudice' statt 'praetore' bemerkt Pernice, Labeo II S. 189 A. 47: 'Eine Interpolation ist möglich'. Mir scheint: nein, da 'iudice' auch in der Parallelstelle vorkommt, während doch die Titel D. 50, 16 und 17, soweit zu sehen, durchweg aus den Originalwerken direct compilirt worden sind. Auch konnte Ulpian sehr wohl *iudex* für den Prätor sagen, da schon Gaius es thut, 3, 125: *si iussu iudicis satis accipiatur*, wo doch vor allem an prätorische Satisfaktionen zu denken ist. Uebrigens begegnet dem Gaius unmittelbar vorher (G. 3, 121. 122) ein noch ärgerer Provincialismus: *in Italia . . . in ceteris provinciis!*

Ferner spricht für die Interpolation, dass nur bei Streichung des 'et dominium habet' Ulpian's Gedankengang verständlich wird: *res emptori auferenda non est quia bonae fidei possessor est, qui auctore iudice comparavit*, d. h. 'weil er ein solcher b. f. possessor ist, welcher (die fremde Sache) auf richterliche Autorität hin erwarb'. Zu Grunde liegt der Gedanke, der auch sonst öfter in den Pandekten anklingt, dass es doch eigentlich billig wäre, wenn der gutgläubige Käufer stets bei der Sache erhalten würde^{1 2)}.

In D. (11, 7) 14 § 1 ist der Ausdruck 'dominium' für den publicianisch geschützten Erwerb tribonianisch, ist er es da allenthalben³⁾?

Die Frage ist an sich von Interesse, wegen der Differencirung zwischen dem Usucapionsbesitz *a domino* und *a non*

¹⁾ Vgl. z. B. Ulp. D. (4, 4) 13 § 1 i. f. *aequius esse . . succurri, etiam adversus ignorantem, quamvis b. f. emptor est*; Pomp. D. (16, 1) 32 § 1: *petitionem dandam ei . . et adversus b. f. emptorem*; Ulp. D. (44, 4) 4 § 31: *sufficit . . si . . b. f. emptor . . non patitur doli exceptionem ex persona auctoris*. — ²⁾ Wie ist übrigens der Schlusssatz von D. (11, 7) 14 § 1 zu verstehen: *legatarium tamen legato carere non oportet etc.*? Wer soll die Sache haben, wenn der Erbe zahlen kann: der Käufer? oder der Legatar? Brinz (a. a. O. S. 86) sagt: der Legatar. M. E. mit Recht. Denn *indemnitas praestari* kann Ulpian nur von dem Käufer sagen, da er betont, der Legatar wolle nur *lucriren*, der Käufer dagegen fürchte ein *damnum*. — Also bekommt, wenn der Erbe zahlen kann, der Käufer eine Summe Geld und muss die Sache herausgeben. Ein Beweis mehr dafür, dass er sie *a non domino* erwarb, also der *bonae fidei possessor* der gewöhnliche Erwerber *a non domino* ist und 'et dominium habet' eine missverständliche Interpolation. — ³⁾ Die in Frage kommenden Pandektenstellen sind meines Wissens folgende: D. (7, 1) 7 § 1; D. (9, 4) 26 § 6; D. (10, 3) 5; D. (11, 7) 14 § 1; D. (23, 5) 1 pr.; D. (37, 1) 1; D. (39, 2) 10; D. (39, 2) 15 §§ 16. 17. 33; D. (47, 2) 47; D. (50, 16) 49. In Lenels Palingenesie wird ausser in D. (11, 7) 14 § 1 das *dominium* in keiner dieser Stellen für tribonianisch erklärt. Eben- sowenig von Burckhardt *cautio d. inf.* S. 556 ff. für die 7 Stellen, die dem *missus ex secundo decreto* 'dominium' zuschreiben. — Ausser Betracht bleiben einstweilen die Stellen über *dominium* des Käufers mit *addictio in diem*: Ulpian D. (18, 2) 4 § 3; Paulus D. (39, 3) 9 pr. Schulin und mit ihm Hölder und Appleton verstehen den Ausdruck von der dem Käufer zustehenden *Publiciana*. Ob mit Recht, das ist in dem zweiten Theil dieser Beiträge über 'die *Publiciana* nach Eigenthumsverlust' zu untersuchen.

domino, die die Bezeichnung des ersteren als dominium schon für die classischen Juristen bekunden würde. Besonders wichtig ist sie aber wegen der beiden (in der letzten Anmerkung citirten) Stellen, die den Käufer mit *addictio in diem* als dominus bezeichnen. Schulin-Appletons ganze Theorie über die Publiciana nach Eigenthumsverlust beruht auf der Voraussetzung, dass dominium in diesen Stellen die Publiciana (verstärkt durch die *replicatio rei venditae et traditae*) bedeutet. Diese ganze Theorie wäre also a limine zu verwerfen, wenn es feststände, dass die Pandektenjuristen mit dominium nur das Civileigenthum und nie das prätorische bezeichneten.

Dies hat nun Pernice in der That sehr energisch behauptet¹⁾. Für ihn spricht, dass die Interpolation ausser in D. (11, 7) 14 § 1 auch noch in D. (10, 3) 5 durchaus wahrscheinlich ist²⁾.

¹⁾ Labeo II S. 188—189. — S. 188 bemerkt er zu D. (9, 4) 26 § 6 *placuit domini acquisitione exstingui actionem*: 'Selbstverständlich kann der classische Jurist nichts von *adquirere dominium* geschrieben haben'. Dann in der Anmerkung 45: 'Die Idee des doppelten Eigenthums ist überhaupt nur eine doctrinäre Abstraction mit dem Werthe eines Schulschemas Wie weit jene Abstraction über Gaius zurückgeht, wird sich nicht bestimmen lassen'. — Endlich Anm. 47 über D. (11, 7) 14 § 1: 'Sicher . . scheint mir, . . dass die im Fr. 137 fehlenden Worte *et dominium habet* eingeschoben sind. Sie beruhen auf derselben Erwägung, wie die Interpolationen im Titel *de damno infecto*, dass nach Aufhebung des *duplex dominium* die prätorische Zuweisung sofort volles Eigenthum verleihe. Wie sie dastehen, ergeben sie für das classische Recht so lange Unsinn, als nicht nachgewiesen ist, dass der sogenannte bonitarische Eigenthümer jemals dominus genannt wird'. —

²⁾ D. (10, 3) 4 § 4 Ulp.: *scribit Iulianus si missi in possessionem damni infecti simus et antequam possidere iuberemur, ego insulam fulsero, sumptum istum communi dividundo iudicio consequi me non posse* — Fr. 5 (Iul.): *sed si res non defenderetur et ideo iussi sumus a praetore eas aedes possidere et ex hoc dominium earum nancisceremur, respondit Proculus communi dividundo iudicio partem eius impensae me servaturum esse*. Gegen die Echtheit des '*et ex hoc dominium . . nancisceremur*' spricht, dass ohne diesen Zwischensatz Julians Erörterung sich glatter liest. Ferner das wenig classisch präcise *ex hoc*. Endlich das *nancisceremur* statt *nacti fuerimus* oder *sumus*. *Nancisceremur* wäre sprachlich richtig nur als Hinweis auf die noch unvollendete Usucapion. Aber wozu hätte Julian auf sie hinweisen sollen, vgl. D. (10, 3) 7 §§ 2. 9.

Aber in zahlreichen anderen Fällen ist dominus für den prätorischen Eigenthümer sicher oder höchst wahrscheinlich echt. Der Schluss, was zweimal interpolirt ist, ist es allenthalben, greift also hier nicht durch. Diese Interpolationen sollten eben nicht den Classikern eine byzantinische Terminologie unterschieben, sondern lediglich eine denselben schon geläufige Terminologie verallgemeinern. Am nächsten liegt es da, in den fraglichen Interpolationen in den Text aufgenommene vorjustinianische Glossen zu sehen. Dazu passt ihre Einschiebselform durchaus.

Vor Erörterung der Zeugnisse für dominium = prätorisches Eigenthum einige allgemeine Bemerkungen.

Mit der von Pernice geleugneten Ausdehnung des dominus über den Civileigenthümer steht es ganz anders als mit der Ausdehnung anderer Civilbegriffe, z. B. mit der Ausdehnung des heres über den Civilerben hinaus. Dominus ist 'der Herr' in der vollen Vieldeutigkeit dieses Wortes. Es genüge an 'dominus — cognitor' zu erinnern und an die Bezeichnung des Kridars in der prätorischen Concursordnung als dominus (vgl. Lenel, Edictum S. 340 A. 8). Da ist es denn von vornherein unwahrscheinlich, dass dies vieldeutige Wort, auf Eigenthumsverhältnisse angewandt, nur das quiritische Eigenthum bezeichnet hätte. Ohne ex iure Quiritium passte dominus und dominium für jede Sachherrschaft. So brauchte man es vom Provincialgrundeigenthum z. B. Fragm. Vat. 315. 316, was doch den Juristen nur possessio et ususfructus war: G. 2, 7. Da denn gewiss auch von dem missus ex secundo decreto und von dem bonitarischen Erwerber italienischer Grundstücke.

Noch unvermeidlicher war die Bezeichnung als dominus für den prätorischen Eigenthümer von Sklaven. Wie die Sklaven selbst ihn ihren 'Herrn' nannten, so mussten es auch die Dritten thun, denn alle materiellen Herrschaftsbefugnisse: Jurisdiction, Vertretung gegen Klagen, Erwerb, Freilassung, hatte wenigstens in der Kaiserzeit der Bonitarier.

Im Leben wird man also zweifellos den Bonitarier, den missus ex secundo decreto und ihresgleichen als dominus bezeichnet haben. Die römische Rechtssprache stand aber der Sprache des Lebens bekanntlich weniger fern als die heutige.

Und jedenfalls war ein Anlass, der zur Herübernahme des landläufigen Ausdrucks *dominus* in die Rechtssprache führen musste. In zahlreichen Rechtsregeln und Rechtssatzungen nämlich war der materiell Herrschaftsberechtigte (mit oder ohne *ius Quiritium*) kurzweg als *dominus* bezeichnet, statt wie es pedantisch correct gewesen wäre als '*is cuius in bonis res est*' oder '*is ad quem ea res pertinet*'.

So in all jenen alttraditionellen Rechtsregeln, deren Formulirung vor dem Aufkommen des in *bonis* als berücksichtigenswerther Erscheinung lag: der Sklave erwirbt dem *dominus*: G. 3, 167; die Noxalklage geht unter *aquisitione dominii*: D. (9, 4) 26 § 6, 37; die *actio furti* geht bei *mutatio dominii* auf den neuen *dominus* über D. (47, 2) 47, 67 (66) § 1 u. s. w. So im S. C. Claudianum G. 1, 84, 160, Ulp. 11, 11; Paul. (2, 21^a) §§ 1. 10. 17. So durchgängig im Edict: D. (9, 3) 5 § 6; D. (39, 2) 7 pr.; D. (39, 4) 12 § 1; D. (47, 8) 2 pr.; D. (47, 10) 15 § 34.

Ganz besonders interessant ist die *lex Iunia Norbana*. Hier erhellte nämlich die Subsumtion des Bonitarius unter den *dominus* aus dem Gesetze selbst. Denn natürlich wurde bei Abgrenzung der Befugnisse von Quiritarier und Bonitarier letzterer als '*is cuius in bonis servus est*' bezeichnet: G. 1 § 167, § 35; Dositheus 9 (dass hier das Gesetz citirt wird, dafür spricht Dositheus 7, 8, 12).

Trotzdem aber war die eigentliche Freilassungsbestimmung, die gewiss aus dem Edict abgeschrieben war (G. 3, 56), in der Sprechweise des Edicts auf die *voluntas domini* abgestellt Dosith. 7, 15, vgl. Dosith. 5; Ulp. 1 § 12.

Hier allenthalben konnten nun die Juristen gar nicht anders, als dem Worte *dominus* auch den prätorischen Eigenthümer zu subsumiren, d. h. also in allen hierher gehörigen Fragen von ihm als von dem *dominus* zu sprechen. Damit aber war das *dominium* des Bonitarius u. s. w. in die technische Rechtssprache eingeführt.

Da ist es denn nicht zu verwundern, dass schon längere Zeit vor Gaius die Idee des *duplex dominium* sich feststellte, welche dieser meinem Gefühl nach ¹⁾ als herkömmliche und vollständig formulirte vorträgt: G. 1 § 54; 2 § 40.

¹⁾ Anders Pernice s. o. S. 261 A. 1.

Ebenso konnte Ulpian D. (50, 16) 49 mit Recht sagen: *in bonis nostris computari sciendum est non solum quae domini nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sint.* — Mit 'quae domini nostri sunt' bezeichnet er hier auch das prätorische Eigentum, an das er selbstverständlich gedacht haben muss und das er nicht unter dem bona fide besessenen verstanden wissen wollte (o. S. 258).

Von den Zeugnissen für dominus = prätorischer Eigentümer sind unsicher wegen möglicher Interpolation die anscheinend auf formlos veräußerte res mancipi bezüglichen¹⁾.

Sicher echt aus äusseren und inneren Gründen scheint mir das dominium des bonorum possessor bei Ulpian D. (37, 1) 1 und Paulus D. (47, 2) 47. Doch ist von hier kein unmittelbarer Schluss auf den Bonitarier, den missus u. s. w., da der bonorum possessor zufolge der Erbschaftsfiction die Eigentumsklage mit unveränderter intentio anstellte; da konnte Ulpian denn mit Fug sagen, dass die bonorum possessio 'dominium rerum' tribuit.

Dem missus ex secundo decreto schreiben 7 Stellen dominium zu. Eine derselben — Julian D. (10, 3) 5 — haben wir als gewiss interpoliert erkannt. Trotzdem spricht Pernice mit Unrecht von den 'Interpolationen im Titel de damno infecto', denn für die übrigen Stellen ist die Echtheit des dominium sicher oder fast sicher.

An Gründen, den missus als dominus zu bezeichnen, fehlte es nicht. Zunächst war er dominus bei Provincial-

¹⁾ Schulin, Resolutivbedingungen S. 174 ff. führt Diocletian C. (3, 32) 15 an: *Quotiens duobus in solidum praedium iure distrahitur, manifesti iuris est eum cui priori traditum est in detinendo dominio esse potiolem.* — Aber die Stelle ging auf ein Provincialgrundstück (§ 1 apud praesidem provinciae, auch possessionem emisse) also im Zweifel auf ein nichtmancipables. Dieselbe Möglichkeit des nichttitalischen Charakters liegt nun bei allen Grundstücksstellen vor. Man wird daher Stellen über bloss tradirte Sklaven heranziehen müssen. Hier zwei davon: Dioclet. C. (3, 32) 12: *mancipium quod tradidisti et hoc modo dominium eius transtulisti.* Hier ist aber die Tradition ohne Beifügung der causa sehr wahrscheinlich eine interpolierte Mancipation. Diocl. C. (4, 38) 6: *si . . . titulo venditionis sine quadam fraude dominium mancipii transtulit . . . vindicare minime prohiberis.* Diese Stelle ist besser. Wenn auch der Gedanke an eine Mancipation nicht ausgeschlossen ist, so ist er doch m. E. durch nichts nahe gelegt.

grundstücken. Sodann enthielt das Edict über *damnum infectum* selbst einen *dominus*, dem der Eingewiesene vorkommenden Falls zu subsumiren war, nämlich: *si controversia erit, dominus sit nec ne qui cavebit, sub exceptione satisfari iubebo*, D. (39, 2) 7 pr. Und gerade von der Cautionspflicht des *missus* spricht eine der verdächtigten Stellen, Ulpian D. (39, 2) 15 § 17¹⁾.

Ist der *dominus* hier echt, so wird er es in dem Paragraph vorher auch sein: Ulpian D. (39, 2) 15 § 16: *Iulianus scribit eum, qui in possessionem damni infecti nomine mittitur non prius incipere per longum tempus dominium capere quam secundo decreto a praetore dominus constituatur.*

Gegen die Vermuthung, Ulpian habe geschrieben: *non prius incipere usucapere quam . . . possessor constituatur*, spricht, dass der Compiler schon nicht mehr bloss geschlafen, sondern geträumt haben müsste, wenn er hintereinander *dominium capere* und den justinianischen, der Ersitzung weder bedürftigen, noch fähigen *dominus* interpolirt hätte. Ulpian dagegen konnte *usucapere* und *dominus* sehr wohl nebeneinander stellen, er ging eben vom *dominium duplex* aus. Ebenso konnten die Compiler, wenn *usucapere* und *dominus* schon dastanden, sie nebeneinander stehen lassen mit mechanischer Interpolation des *usucapere*. Aber selbst für sie unwahrscheinlich ist, dass sie bewusst und absichtlich den *missus* allenthalben zum *dominus* (des justinianischen Rechts) neu gestempelt hätten und trotzdem nicht weniger als 8 Stellen über die Bonitarierusucapion des *missus* interpolirt und inhaltlich

¹⁾ Si ante hoc decretum alius quoque in possessionem *missus* fuerit, aequaliter ambo aedium fiunt domini, scilicet cum iussi fuerint possidere. Si vero iam constituto domino eo . . . Titius *damni infecti* sibi caveri desiderabit, cessante primo cavere solus Titius erit in possessione. 'Cessante primo cavere' — cavet non satisfacit, er wird als *dominus* behandelt, da konnte ihn Ulpian auch so nennen. Und dass er ihn hier so genannt hat, ergiebt sich m. E. aus der Unwahrscheinlichkeit der sonst anzunehmenden Interpolation. Constituto domino für constituto possessore wäre möglich; durchaus unwahrscheinlich ist dagegen, dass der Compiler aus einem *aequaliter ambo aedes iubentur possidere*, den dastehenden langen und — trotz des häufig compilerischen scilicet — recht gut stilisirten Satz gemacht hätte. Wozu das?

unverändert aufgenommen hätten, statt sie zur Hälfte wegzulassen und zur anderen Hälfte durch ein *non a domino* unschädlich zu machen¹⁾. Ihre Aufmerksamkeit muss eben auf das *dominium* des *missus* gar nicht besonders gerichtet gewesen sein.

Diese Erwägungen scheinen mir durchschlagend und damit die Echtheit des *dominus* in fr. 15 § 16 erwiesen.

In zwei weiteren Stellen ist das *dominium* des *missus* unverdächtig, weil der Jurist durch den Gegensatz des *Ususfructus* darauf geführt wurde²⁾.

In einer weiteren Stelle kam man zu dem Wort *dominium* durch den Begriff der *alienatio*. Wissentlich das zweite Decret heraufbeschwören war eine *alienatio* (Ulpian D. (27, 9) 3 § 1: '*alienationes*'). Veräußern und übereignen sind aber

¹⁾ Die fraglichen Stellen sind D. (39, 2) 5 pr.: *per longi temporis spatium in suum dominium capere*; fr. 12: *per longum tempus rem capere*; fr. 15 § 16: *per longum tempus dominium capere*; fr. 15 § 26: *dominium capere possidendo*; fr. 15 § 27: *dominium per longum tempus adquiri*; fr. 18 § 15: *possidendo dominium capere*; fr. 44 § 1: *possidendo dominium cepit*; D. (41, 2) 3 § 23: *per longam possessionem capere*. — ²⁾ D. (39, 2) 10 Paulus: *nisi proprietario repromittenti fructuarius caveat, denegandam ei fructus petitionem Iulianus scribit. Sed si fructuarius de soli vitio quid praestiterit ius domini ad eum transferri oportet. Das ist offensichtlich echt. Aber dies ius domini transferre ist doch nichts als das sonst für den *missus ex secundo decreto* eintretende Verfahren. Da konnte man denn auch von diesem sagen: *ius domini ad eum transfertur*, oder aber *dominus constituitur, iure domini possidet*. So die zweite *Ususfructus*stelle:*

Ulp. 17 ad Sab. D. (7, 1) 7 § 1: *unde (fructuarius) etiam mitti . . in possessionem vicinarum aedium causa damni infecti placuit et iure domini possessurum eas aedes si perseveretur non caveri, nec quicquam amittere finito usufructu*.

Hier liegt in dem '*nec quicquam amittere finito usufructu*' (kein blosser *Ususfruct* an dem überwiesenen Hause!) eine dem *iure domini* possessurum durchaus entsprechende Wendung. Ein blosses '*possessurum*' wäre daneben zu schwach. Das i. d. *possidere* ist also hier echt. Da mag es denn auch echt sein bei Ulpian D. (39, 2) 15 § 33: *posteaquam autem quis possidere iure domini a praetore iussus est, nequaquam locus erit cautionis oblationi: et ita Labeo, ceterum nullus inquit finis rei invenietur*. Indess wenn hier nichts gegen die Echtheit spricht, so spricht auch nichts Spezielles für sie. Es könnte daher auch, wie D. (11, 7) 14 § 1 und D. (10, 3) 5 eine Interpolation vorliegen, am wahrscheinlichsten durch Aufnahme der Glosse '*iure domini*' in den Text.

nahe verwandt, da ist denn gewiss echt Paulus D. (23, 5) 1 pr.: interdum lex Iulia de fundo dotali cessat: si ob id quod maritus damni infecti non cavebat, missus sit vicinus in possessionem dotalis praedii, deinde iussus sit possidere: hic enim dominus vicinus fit, quia haec alienatio non est voluntaria.

Possessor vicinus fit würde zwischen 'iussus . . possidere' und 'haec alienatio' doch sehr dürftig sein.

Dass Ulpian und Paulus den missus ex secundo decreto mitunter 'dominus' nannten, dürfte hiernach unleugbar sein¹⁾.

Da erscheint denn auch durchaus unanstössig die Bemerkung des Paulus D. (9, 4) 26 § 6 über die ausnahmsweise Gestattung, einen noxae causa fortgeführten Sklaven nachträglich zu vertheidigen: sed et actori his casibus succurrendum est, quia placet dominii acquisitione extingui actionem, iussu enim praetoris ductus in bonis fit eius qui duxit.

Allerdings könnte der Jurist bloss 'placet extingui actionem' geschrieben haben. Aber mit dominii acquisitione liest sich die Erörterung besser und ist sie dem Wortlaut der traditionellen Regel entsprechender (o. S. 263). Und für den missus haben wir ein sicher echtes 'dominii adquisitio' gefunden.

Jedenfalls erscheint nach dem obigen unhaltbar die Behauptung von Pernice: 'selbstverständlich kann der classische Jurist nichts von adquirere dominium geschrieben haben'.

¹⁾ Nicht für die Auffassung der possessio ex secundo decreto als dominium beweist D. (10, 3) 7 § 9, wo Ulpian von einer vindicatio des missus spricht. Denn als die vindicatio, der die actio comm. div. parallel geht, bezeichnet er hier sogar die Publiciana des b. f. possessor arg. fr. 7 § 2 und 3 (ex (quibus) autem causis vindicatio cessat), vgl. Lenel, Edictum § 82. Ebenso lässt z. B. D. (39, 1) 9 den Pfandgläubiger Servituten 'vindicare'. — Auf der anderen Seite beweist nicht gegen die Auffassung des missus als dominus, dass in den betreffenden Stellen die Juristen diesen Ausdruck für den Hauseigenthümer anwenden, und zwar nicht bloss vor der missio: D. (39, 2) fr. 5 § 1; fr. 7 § 2; fr. 9 §§ 4. 5; fr. 10; fr. 15 §§ 20. 21. 22. 23; fr. 19; fr. 22 § 1; fr. 27, sondern auch nach der missio Ulp. D. (39, 2) 15 § 23: ubi quis possidere iussus est, dominus deiciendus erit. Es ist eben dominium duorum in solidum, nämlich duplex dominium. Genau so in der sofort zu besprechenden Stelle D. (9, 4) 26 § 6.

Es erübrigt noch, die Terminologie für den usucapionsfähigen Erwerber *a non domino* festzustellen, für den *bonae fidei possessor*.

Hier ist unbestreitbar, dass man ihm ein *rem in bonis habere* zuschrieb, ganz wie dem Erwerber *a domino*.

Dafür zunächst und entscheidend die unbedenkliche Subsumtion des *bonae fidei possessor* unter die quasi Serviana, welche auf in *bonis habere* abgestellt war (Lenel, Edictum S. 396 A. 8):

Paulus D. (20, 4) 14: *si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pigneraverit, prior potior est, quamvis si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit.*

Paulus D. (20, 1) 18: *si ab eo qui Publiciana uti potuit quia dominium non habuit pignori accepi, sic tuetur me per Servianam praetor quemadmodum debitorem per Publicianam*¹⁾.

Gegen diese Hineinrechnung des *b. f. possessor* unter das in *bonis habere* der Pfandklage spricht nicht D. (20, 1) 21 § 1, wenn man sie nach Lenels²⁾ wohl begründeter Vermuthung auf das *Salvianum* bezieht.

Die allgemeinen Stellen bestätigen durchaus diese Einrechnung der *b. f. possessio* in die *bona*. So Modestins Definition D. (41, 1) 52. So ferner ausdrücklich zwei Erläuterungen der '*bona*' des *Concursusdicti* bei Ulpian 1383 D. (50, 16) 49 und bei Celsus 204 D. (50, 17) 190: '*quod evincitur in bonis non est*', was man³⁾ dahin verstehen kann, aber nicht muss: 'erst nach vollendeter Eviction hören (*bona fide* erworbene) Sachen auf, in *bonis* zu sein'.

Von den sonstigen Zeugnissen für die Annäherung des

¹⁾ Wofern nicht etwa das plumpe '*quia dominium non habuit*' interpolirt worden ist, zugleich mit dem '*non a domino*' D. (6, 2) 1 pr. Die Stelle ist aus Paulus 19 ad *Publicianam* Lenel Paulus 296. Lenel beanstandet das '*quia d. n. habuit*' nicht. Es ist auch in der That trotz seiner stilistischen Ungeschicklichkeit — '*non habebat*' wäre doch mindestens nöthig — gerade bei Paulus nicht unmöglich, vgl. z. B. den bekannten Schlusssatz von D. (46, 1) 36. — ²⁾ Lenel, Edictum S. 395; Ulpian 1632. — ³⁾ Mit Brinz z. R. d. b. f. poss. S. 78 und Appleton Nr. 4.

b. f. possessor an den Bonitarier ist das werthvollste die von Brinz S. 80 herangezogene, bei Appleton fehlende Stelle D. (6, 1) 17 § 1, wo Ulpian von dem b. f. possessor sagt, dass er durch die Usucapion plenum ius incipit habere, was bekanntlich für die Bonitarierusucapion der stehende Ausdruck ist: G. 1, 15; 2, 41; 3, 80.

Der Bezeichnung der beiden Publicianakläger als bonae fidei emptores entspricht also ein beiden zugeschriebenes rem in bonis habere. Aber bei der Vieldeutigkeit des letzteren Ausdrucks folgt daraus ihre theoretische Gleichstellung noch keineswegs. Wogegen wenigstens für die späteren Classiker ihre theoretische Differencirung aus den oben festgestellten terminologischen Erscheinungen sich ergibt, nämlich aus dem anscheinenden Vermeiden von b. f. possessor für den Bonitarier und aus seiner sicheren Bezeichnung als dominus.

Bonae fidei possessor der eine, dominus der andere, das war schon ganz die justinianische Terminologie, trotz der die Gegensätze noch äusserlich zusammenhaltenden altmodischen Bezeichnung beider als bonae fidei emptores in der Publiciana D. (6, 2) 7 § 11.

Aber wurde nicht vielleicht auch der bonae fidei possessor dominus genannt?

Dafür ¹⁾ Appleton Nr. 4: 'dès lors il n'y a point de raison de refuser le nom de propriétaire à l'acquéreur de bonne foi, tant qu'il ne se trouve pas en présence de personnes ayant un droit égal ou supérieur au sien'. Aber einen Quellenbeweis versucht er nicht einmal. Derselbe dürfte auch unmöglich sein.

Allerdings wird D. (11, 7) 14 § 1 als dominus ein bonae fidei emptor a non domino bezeichnet (o. S. 259), aber D. (50, 17) 137 beweist die Unechtheit dieser Bezeichnung.

Etwas besser wäre die Berufung auf Ulpian D. (18, 2) 4 § 3: ex quo colligitur quod emptor medio tempore dominus est: alioquin nec pignus teneret. Daraus könnte man deduciren:

bonae fidei possessio = verpfänden können,
verpfänden können = dominium,
also b. f. possessio = dominium.

¹⁾ Im Zusammenhang der oben S. 214 ff. erwähnten Hypothese.

Aber Ulpian bei seiner raschen Schriftstellerei will schon bei dem, was er ausdrücklich sagt, nicht stets beim Wort genommen sein. Ein solches dialectisches Quälen gelegentlicher Aeusserungen würde er sich daher wohl sehr verbeten haben.

Nicht ergiebiger ist endlich C. de rebus alienis non alienandis (4, 51) 3 von Diocletian: *venditrici succedenti hereditario iure perfectam recte venditionem rescindere ac dominium revocare non licet: sed et si hoc ex persona sua vindicet etc.* — Es liegt vor: Beerbung der verkaufenden Nichteigenthümerin durch den Eigenthümer. Dessen Vindication wird ein '*dominium revocare*' genannt. Vielleicht weil der Käufer durch die *exceptio rei venditae et traditae* geschützt, also absoluter Herr der Sache ist. Wahrscheinlicher ist, dass eine bloss thatsächliche, ungenaue Redeweise vorliegt.

Jedenfalls ergibt weder diese Stelle noch sonst eine die Terminologie b. f. *possessor* = *dominus*.

V.

Die Publiciana und das Provincialgrundeigenthum.

Im folgenden sollen zwei Fragen erörtert werden, die Lenel in der Palingenesie aufgeworfen hat. Beide auf *praedia stipendiaria vel tributaria* bezüglich und beide von grosser Bedeutung für Schulin-Appletons System der Publiciana nach Eigenthumsverlust, welches den Gegenstand des zweiten Theils dieser Beiträge bilden wird.

Vorweg einige Worte über die Bedeutung der Provincialgrundstücke.

Dass dieselben an Flächenraum und Werth die italischen Grundstücke, die in den Provinzen inbegriffen, übertrafen, liegt auf der Hand. Ein grosser Theil davon gehörte schon unter der Republik Römern, und andererseits gewannen in der Kaiserzeit die Provincialen und ihre Rechtsverhältnisse immer mehr Bedeutung und Berücksichtigung, da müssen denn in der Praxis der Juristen und Kaiser des zweiten und dritten Jahrhunderts die *praedia stipendiaria* und *tributaria* häufiger und wichtiger gewesen sein als die italischen, *mancipationsfähigen* Grundstücke. In der Rechtslehre überwogen aller-

dings die italischen Grundstücke und die sie betreffenden Civilrechtssätze, dafür genügt der Hinweis auf den breiten Raum, den die Grundstücksusucapion in den Pandekten einnimmt¹⁾. Aber zwischen der Rechtslehre der Kaiserjuristen und der wirklichen Praxis war bekanntlich oft genug ein grosser Unterschied, wofür im Grossen auf die *leges iudicio populi receptae* (Julian D. (1, 3) 32 § 1) und im Kleinen z. B. auf die trotz thatsächlicher *desuetudo* (Ulpian D. (47, 2) 93) nach wie vor gelehrte Diebstahlsprivatklage verwiesen sei. Trotzdem also die Rechtslehre der Kaiserzeit immer noch die italischen Grundstücke in den Vordergrund rückte, so ist es doch durchaus irrig, insbesondere praktischen Stellen gegenüber, jeden *fundus* von vornherein für einen *fundus italicus* zu halten. Wo nicht ein besonderes Merkmal, vor allem die Usucapion diese Eigenschaft bezeugt, da ist mindestens ebensoviele Wahrscheinlichkeit, dass ein nichtmancipirbares Provincialgrundstück vorliegt. Das zeigt z. B. der Codextitel 3, 32 de rei vindicatione, wo von 14 auf Grundstücke irgendwie bezüglichen Stellen 5 mit Sicherheit auf Provincialgrundstücke gehen, eine auf italische (fr. 24), während bei 8 kein zufälliges Merkmal ihre Beziehung verräth²⁾.

¹⁾ In den *Vaticana fragmenta* wird der *fundus italicus* allein berücksichtigt: fr. 45, 47 aus den theoretischen *manualia* des Paulus; ferner in zwei *Responsen* fr. 94 und 263. Sonst allenthalben (fr. 61. 252^a. 268. 285. 313) werden sicher oder wahrscheinlich beide Grundstücksarten berücksichtigt, sei es ausdrücklich, sei es durch Wendungen wie '*mancipatio vel traditio*'. Dagegen gehen wahrscheinlich oder sicher nur auf Provincialgrundstücke fr. Vat. 29. 259. 283. 293. 312. 315. 316, vgl. die folgende Anm. — ²⁾ Nachstehend das Ergebniss der die meiste Ausbeute versprechenden Quellenabschnitte. Allerdings das Ergebniss nicht für provincieller Grundstücke (*stipendiaria* und *tributaria*), sondern nur für in der Provinz gelegene Grundstücke. Darin stecken also auch die der Gemeinden mit *solum Italicum* (Ulp. D. (50, 15) 8 § 7). Aber dieses an sich nicht sehr bedeutende Zuviel wird mehr als aufgewogen durch das grosse Zuwenig, was durch die zahlreichen Provincialgrundstücksstellen entsteht, bei denen kein zufälliges Merkmal uns diese ihre einstige Beziehung verräth. Von den benutzten Kriterien sind manche unsicher, das ist dann bei jedem hervorgehoben.

1. Ausdrücklich bezeichnete *praedia stipendiaria vel tributaria*.

Gaius 2; 7, 21; Papinian Vat. fr. 259; Caracalla C. (3, 34) 3; Ulpian Vat. fr. 61; Diocletian Vat. fr. 283. 285. 286. 293. 313. 315. 316; Justin. J. (2, 1) 40.

Dies vorausgeschickt, wird man Lenels erste Frage für sehr gerechtfertigt halten. Sie betrifft mehrere Stellen aus Ulpian 17 ad Edictum, welche von Schulin und Appleton auf die Publiciana bezogen werden, darunter D. (6, 1) 41 pr. und D. (39, 6) 29, zwei Hauptstützen für Schulins Versuch, die Eigenthumsverhältnisse bei *addictio in diem* und *mortis causa donatio* durch das Eingreifen der Publiciana zu erklären.

2. Grundstücke 'in provincia'.
Modestin D. (18, 1) 62 pr.
3. 'in (eadem — alia) provincia'.
Dioclet. C. (3, 19) 1; Constant. C. (3, 19) 2.
4. 'ager militibus adsignatus'.
Ulp. D. (6, 1) 15 § 2.
5. Der praeses provinciae als Richter.
Severus C. (8, 15) 2; Alex. C. (4, 44) 1; C. (8, 29) 1; Gordian. C. (3, 32) 5; C. (8, 13) 9; C. (8, 29) 4; Philippus C. (3, 34) 5; Claud. C. (3, 34) 6; Dioclet. Vat. fr. 312; C. (3, 32) 15, 17; C. (3, 34) 9, 10; C. (3, 36) 14; C. (4, 44) 5; C. (4, 46) 2; C. (4, 49) 5, 8; C. (4, 50) 5; C. (4, 51) 5; C. (7, 32) 5, 6; C. (7, 33) 3; C. (8, 23) 2; C. (8, 34) 2; Constant. ad pr. prov. Lugd. C. (4, 47) 2.
6. Ein procurator als Richter (das kann seit Nerva wohl nur in der Provinz vorkommen: Mommsen, Staatsrecht II^{1A} S. 195 A. 1; S. 980—982).
Vat. fr. 29; Dioclet. C. (3, 34) 7.
7. Donatio perfecta durch blosse Tradition.
Dioclet. C. (4, 38) 3, 9.
8. Longae temporis praescriptio angerufen (nicht ganz sicher, obwohl wahrscheinlich, soweit die Usucapion reichte, die daneben stehende l. t. pr. nicht oft benutzt wurde).
Paulus D. (18, 1) 76 § 1; Alex. C. (2, 50) 3: Grundstück eines Soldaten, also gewiss eines Provincialen; Gordian. C. (3, 32) 4: ebenso; Dioclet. C. (7, 35) 6.
9. Dominus durch blosse Tradition (unsicher, da auch der Bonitarius dominus genannt wurde).
Alex. C. (3, 32) 3; C. (4, 50) 2; Gordian. C. (3, 32) 6; Valer. C. (4, 50) 4.
10. Tributum erwähnt (unsicher, seit Diocletian Italien dem tributum unterwarf, Marquardt. St.-Verw. II^{1A} S. 224).
Scaevola D. (19, 1) 52 pr.; Alex. C. (4, 47) 1 [Dioclet. C. (3, 32) 25], Constant. ad praes. Baeticae C. (4, 46) 3.
11. Capitatio erwähnt (wie Nr. 10).
[Dioclet. C. (4, 49) 9].

Diese Stellen nun beansprucht Lenel für die Provincialvindication, allerdings nur zweifelnd: Paling. II p. 515 n. 5:

Fr. 585—589 sub hac rubrica non sine dubitatione collocavi: moveor autem eo, quod in his omnibus de fundo agi videtur non per mancipationem, sed per traditionem ad alium translato.

Sicher ist nun, wegen der Erläuterung von stipendium und tributum bei Ulpian 17, D. (50, 16) 27 § 1, dass er in diesem Buch die Provincialvindication behandelte. Aber ebenso auch die Publiciana: D. (6, 1) 37, 73 pr. Und für diese passt die blosse Tradition des fundus natürlich genau ebenso gut. Unmöglich wird dadurch nur die Civilvindication, dagegen sind die Publiciana und die Provincialvindication ganz gleichmässig bloss durch die Tradition bedingt. In den vorliegenden Stellen aber spricht mancherlei gegen die Provincialvindication, also für die Publiciana. Zwar, dass von Lenel das pr. von D. (6, 1) 39 — über eingebaute caementa — auf die Vindication oder die Publiciana bezogen wird (Ulp. 577), dagegen der § 1 derselben Stelle auf die Provincialvindication (Ulp. 585), das ist nur ein kleiner Anstoss, trotzdem er Ulp. 580. 583 D. (6, 1) 73. 75 zwischen beiden Paragraphen hergenommen sein lässt. Denn der Compiler konnte aus inhaltlichen Rücksichten die Fragmente 73 und 75 ans Ende von D. 6, 1 stellen wollen, und dann mussten natürlich die für D. 6, 1 noch bleibenden Ausschnitte aus Ulpian 17 Ed. hintereinander abgeschrieben werden.

Schwerer wiegt aber, dass in D. (6, 1) 41 pr. Ulp. 586 zwar am Schluss von einem fundus die Rede ist, der Eingang dagegen ganz allgemein lautet: si quis hac lege emerit ut si alius meliorem condicionem attulerit, recedatur ab emptione, post allatam condicionem iam non potest in rem actione uti.

Und Ulp. 588 D. (6, 1) 41 § 1 schliesst sogar von dem fundus ausdrücklich auf die res: si domini rem tradat. Das passt schlecht zu einer Grundstücksklage.

Noch weniger passt dazu Ulpian 587 D. (39, 6) 29. Da ist schlechtweg nur von res donata die Rede. Allerdings wurde nun das Provincialgrundstück manchmal res tributaria genannt und dies als 'res' tribonianisirt: Vat. fr. 315 (C. 3, 32) 15 § 2. Aber häufig war dieser Ausdruck unseren Quellen

nach nicht. Und vor allem: pflegt man gerade Grundstücke *mortis causa* zu verschenken?

So braucht denn auf den Inhalt von D. (6, 1) 41 pr. und D. (39, 6) 29 gar nicht eingegangen zu werden, um zu sehen, ob dies Wiederaufleben der Klage besser zur *Publiciana* passt als zu der — uns gänzlich unbekannten — *Provincialvindication*.

Es kann schon jetzt als sicher behauptet werden, dass diese beiden Stellen, und überhaupt Ulpian 585—589, auf die *Publiciana* gehen können, als wahrscheinlich, dass sie beide wirklich darauf gingen. Schulins System sind also diese beiden Stützen durch Lenel nicht entzogen worden.

Lenels zweite Frage greift Schulins System mittelbarer, aber nicht minder gefährlich an. Er bezweifelt die Anwendbarkeit der *Publiciana* auf *Provincialgrundstücke*, d. h. auf die weitaus wichtigsten *res nec Mancipi*.

Wäre dies begründet, so würden die von Schulin für die *addictio in diem* u. s. w. angenommenen Manipulationen mit der *Publiciana* praktisch nicht sehr viel weiter gereicht haben, als die Manipulationen mit dem *in bonis* bei *res Mancipi*. Denn der Natur der Sache und den Quellen zufolge kamen für alle Eigenthumsfragen, insbesondere auch für die in *diem addictio*, hauptsächlich zwei Arten von Sachen in Betracht: Sklaven und Grundstücke. Eine Klage, die von vornherein für den grösseren Theil der letzteren versagt hätte, wäre also zur Herstellung einer allgemeinen Rechtseinrichtung wie die in *diem addictio* ungeeignet gewesen.

Indess auch hier erscheinen Lenels Zweifel als unbegründet. Er äussert dieselben zu D. (6, 2) 12 § 2 Paulus 295: *In vectigalibus et in aliis praediis quae usucapi non possunt, Publiciana competit si forte bona fide mihi tradita est.* Dazu die Note 2: *'si forte b. f. mihi tradita est', non videntur esse Pauli quem suspicor scripsisse: Publiciana non competit.*

Also: in *praediis quae usucapi non possunt* *Publiciana non competit*. Das würde nicht schlecht passen zu zwei Aeusserungen Ulpians:

D. (6, 2) 9 § 5: *Haec actio in his quae usucapi non possunt . . . locum non habet.*

D. (6, 2) 11 § 7: . . si ipse fundus Publiciana peti non potest.

Ferner spricht in etwas für Lenel die Wortform von: si forte bona fide mihi tradita est. 'Si forte' zur Anführung einer stets nothwendigen Voraussetzung klingt nicht classisch präcis, sondern nach jener Unbestimmtheit, die das Lebens-element der Compileren ist. 'Bona fide tradita' ist auffallend, dem Empfänger wird sonst die b. f. nachgesagt. Endlich das 'est', was sehr wohl der Eile des ändernden Compilers zugeschrieben werden kann. Also: si f. b. f. m. t. est könnte in der That eine flüchtig hingeschriebene Interpolation sein.

Aber auch nur könnte; denn 'est' kann ein Copist für 'sunt' verschrieben haben, bona fide tradita findet sein Seitenstück in dem sehr classischen bona fide servire, und wenn man es dennoch hässlich findet und das 'si forte' auch, so gilt doch für alle diese Interpolationsfragen, dass die Classiker, zumal Paulus und Ulpian, der einreissenden Barbarei schon sehr nahe standen, ja eigentlich schon mitten darin. Da sind denn stilistische Unschönheiten ein wenig sicheres Merkmal von Interpolationen.

Aber weiter: selbst wenn das 'si forte b. f. mihi tradita est' compilerisch wäre, so wäre Lenels 'Publiciana non competit' dadurch noch nicht bewiesen. Denn auch wenn Paulus die Klage gewährte, konnte er sich mit einem blossen 'competit' kaum begnügen. Er hätte ihre Formel angegeben und damit den Compiler leicht zur Interpolation veranlasst.

Spricht § 2 nur wenig für Lenel, so sprechen die §§ 3 und 4 erheblich gegen ihn. Der § 3: Idem est et si superficiariam insulam a non domino bona fide emero, sieht durchaus echt aus und doch müsste er bei Lenels Conjectur gleichfalls interpolirt sein. Denn an 'Publiciana non competit' konnte er sich kaum anschliessen. 'Non competit si bona fide emero', bei mala fides doch erst recht nicht!

In etwas gegen Lenel auch § 4: si res talis sit, ut eam lex aut constitutio alienari prohibeat, eo casu Publiciana non competit, quia his casibus neminem praetor tuetur ne contra leges faciat. 'Eo casu' ist anscheinend absichtlich vorangestellt und betont. In diesem Fall versagender Usucapion

versagt auch der Prätor die Publiciana, das setzt als Gegensatz voraus: in den oben besprochenen Fällen versagt zwar die Usucapion, die Publiciana aber steht trotzdem zu.

Der Gesamteindruck von D. (6, 2) 12 spricht also gegen Lenels 'Publiciana non competit'. Und die oben angeführten Aeusserungen Ulpians sprechen nicht sehr für ihn.

Das Princip: wo keine Usucapion, da keine Publiciana, verleugnet Ulpian selbst für die Servituten D. (6, 2) 11 § 1. Und für 'si ipse fundus Publiciana peti non potest' giebt die lex Iulia et Plautia eine durchaus genügende Erklärung.

Gar nichts, weder für noch wider, wird anzufangen sein mit der auffälligen Thatsache, dass die Compileren diese wichtige Notiz, interpolirt oder nicht interpolirt, dem Paulus entnahmen, der sonst nur Ergänzungen zu dem Hauptgewährsmann Ulpian lieferte.

Ein erhebliches Argument für die Zulässigkeit der Publiciana bei Provincialgrundstücken liegt dagegen in ihrer Fortexistenz im justinianischen Immobilienrecht, statt dass sie mit dem nudum ius Quiritium und der Grundstücksusucapion untergegangen wäre. Mit Lenels Conjectur liesse sich dies wohl nur durch die Annahme vereinigen, dass nach Paulus die Publiciana auf Provincialgrundstücke ausgedehnt worden wäre. So dass schliesslich nur das fraglich wäre, wann diese Ausdehnung erfolgte, ob vor Julian, vor Paulus, vor Diocletian oder noch später.

Für vordiocletianisches Bestehen der Provincialgrundstückspubiciana scheint mir in etwas Diocletians C. (7, 35) 6 — quibus non obiciatur longi temporis praescriptio — zu sprechen:

Ab hostibus captus ac postliminio reversus actione in rem directa vel qualibet alia dominium vindicando (longi) temporis adversarii possessionem frustra times, cum adversus eos qui restitutionis auxilio quacumque ratione iuvantur huiusmodi factum non opituletur.

Die Stelle beweist allerdings nur dann, wenn man wegen der l. t. pr. Provincialgrundeigenthum vermuthet und unter der 'quaelibet alia in rem actio' die Publiciana versteht, allein oder doch wenigstens neben der restitutorischen Klage aus

dem Edict D. (4, 6) 1 § 1. Beide Annahmen sind unbeweisbar, aber nicht unwahrscheinlich.

Alles in allem ist also die Anwendung der Publiciana auf bona fide a non domino erworbene Provincialgrundstücke nicht widerlegt und wenn auch nicht bewiesen, so doch immerhin recht wahrscheinlich.

Dagegen wird nicht beizutreten sein einer Vermuthung Appletons Nr. 47. Er denkt sich (nach Lenel, Edictum S. 132 A. 6) die Provincialpubliciana fictisch: 'si fundus Italici iuris esset'¹⁾ und vermuthet dazu, diese so hergerichtete Publiciana sei die einzige Provincialgrundstücksklage gewesen auch für 'a domino' erworbene Grundstücke. Für diese Vermuthung beruft sich Appleton auf Jherings Gesetz der 'juristischen Oekonomie' (Geist § 56). Diese Begründung reicht schwerlich aus (o. S. 217 f.), denn das Alter der Provincialgrundstücksklage spricht gegen ihre Identificirung mit der Publiciana. In der That wird man derartige Ausnutzungen der Publiciana zu ursprünglich ihr ganz fremden Zwecken kaum in republikanische Zeit setzen, während der Provincialgrundbesitz schon in der lex agraria von 111 als rechtsbeständig, also wohl als längst durch Klage geschützt erscheint. Ja, die lex agraria, die den Provincialgrundbesitz als 'habere, possidere, frui licere' unterschiedslos mit dem italischen ager publicus zusammenstellt, berechtigt zu der Vermuthung, man habe gerade die den ager publicus schützende, uns allerdings unbekannte Klage auch für den Provincialgrundbesitz verwendet.

Nach Lenel (Ed. § 71) wäre die Provincialgrundbesitzklage direct auf 'habere possidere frui licere' formulirt gewesen.

(Fortsetzung und Schluss im nächsten Heft.)

¹⁾ Was unbeweisbar ist, aber durchaus möglich. Audibert (s. o. S. 213 A. 1) p. 277 leugnet diese Möglichkeit. Er wendet ein, bei der Fiction 'si Italici iuris esset' hätte der verklagte Besitzer eines Provincialgrundstückes die Usucapion anrufen können. — Aber galt denn gegenüber der Publiciana die Berufung auf Usucapion? Nach D. (17, 1) 57 galt sie nicht, wie demnächst auszuführen, d. h. nicht formelmässig und officio iudicis. Nur der Prätor schützte den publicianisch verklagten Usucapienten. Und bei Provincialgrundstücken hätte er diesen Schutz natürlich unterlassen.

XIV.

Zur sog. *exceptio divisionis*.

Von

Herrn **Paul Sokolowski**

in Berlin.

In all den zahlreichen grösseren Werken und Monographien, in denen die Rechtswohlthat der Klagentheilung gerade in unseren Tagen behandelt worden ist, tritt uns regelmässig die für unanfechtbar gehaltene Auffassung entgegen, dass die Vorschützung des *auxilium divisionis* von jeher auf dem Wege der *exceptio* erfolgt sei¹⁾.

Diese Darstellung ist indessen keineswegs erschöpfend und findet in solcher Einseitigkeit in den Quellen keine Bestätigung²⁾.

¹⁾ Ich sehe hier zunächst von älteren, wie Anton Hering, *Tractatus de fideiussoribus*, Frankfurt 1647, Cap. XXVII pars. 2, ab. In neuerer Zeit haben diesen Standpunkt vertreten Girtanner, *Die Bürgschaft* S. 457 u. ff., ferner Hasenbalg, *Die Bürgschaft* S. 468. Liebe, *Stipulation* S. 228 u. ff. Zimmermann in Neustetels und Zimmermanns *Römisch-rechtlichen Untersuchungen* S. 272. v. Schröter, *Giessener Zeitschrift für Civilrecht und Process* VI S. 430. v. Wening-Ingenheim, *Ueber die Verwandlung einer Obligatio in solidum in eine Obligatio pro parte durch den Gebrauch des auxilium divisionis*, in der *Giessner Zeitschrift für Civilrecht und Process*. Ad. Dedekind, *De exceptione divisionis disquisitiones*, Goettingae 1853, p. 40. 59. Lud. Rueckert, *Principia iuris Romani de exceptione, quam vocant divisionis*, Goettingae 1852. Georg August Arnold Grotendorf, *De exceptione divisionis*, Goettingae 1852, S. 11 u. ff. Unter den neueren Pandektisten haben sich dieser Auffassung angeschlossen: Unterholzner, *Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen*, herausgegeben von Ph. E. Huschke, Leipzig 1840, Bd. II S. 818. Sittenis, *Civilrecht* III. Aufl. 1868 Bd. II § 89 Not. 47 S. 142. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt 1882, Bd. II S. 808 N. 3. —
²⁾ Im Gegensatz zu den in Note 1 Genannten ist dann freilich die rechtliche Natur des *auxilium divisionis* richtiger gewürdigt worden von

I.

Um die wahre Natur des *auxilium divisionis* zu erkennen, müssen wir auf die älteste systematische Darstellung bei Gaius zurückgehen. Er betrachtet (III, 121) die *epistula Hadriani* im Zusammenhang mit der früheren Gesetzgebung, insbesondere mit der *lex Furia*, und kommt, indem er beide Erlasse mit einander vergleicht, zu folgendem Resultat: Laut Vorschrift der *lex Furia* zerfällt die Bürgenschuld am Tage der Fälligkeit der Hauptschuld ¹⁾ in soviel selbstständige Theilobligationen, als zu dieser Zeit noch haftbare *sponsores* oder *fidepromissores* vorhanden sind. Jeder Mitbürge weiss also von Anfang an, dass er nur auf einen Theil belangt werden darf, wofern seine Mitbürger bis zum Tage der Fälligkeit am Leben bleiben ²⁾.

Die *lex Furia* bedeutete der älteren *lex Appuleia* gegenüber eine erhebliche Verbesserung in der Lage der *sponsores* und *fidepromissores*. Zwar gewährte die *lex Appuleia* demjenigen *sponsor* oder *fidepromissor*, welcher die ganze Bürgschaftsschuld gezahlt hatte, eine selbstständige Regressklage gegen die Mitbürger auf dasjenige, was er über seinen Kopftheil hinaus geleistet hatte. Gleichwohl besaßen vor Einführung der *lex Furia* die Bürger gegen den Gläubiger, der sie auf das Ganze belangte, keinerlei Schutzmittel ³⁾.

Aber auch nach Erlass der *lex Furia* schuldete bis zum Fälligkeitstermin der Hauptschuld jeder der mehreren *sponsores* oder *fidepromissores* das Ganze. Er zahlte daher, wenn er vor jenem Zeitpunkt die ganze Bürgenverbindlichkeit

Keller, *Litiscontestatio* S. 568 und Lenel, *Edictum perpetuum* S. 171. Insbesondere aber hat Dernburg, *Pandekten* II S. 212 u. 213 Note 9 in kurzen, scharfen Zügen diejenige Richtung skizzirt, deren Eigenthümlichkeiten auszuführen ich mir zur Aufgabe gemacht habe.

¹⁾ Ich trage nicht Bedenken, die Worte des Gaius: „*quo pecunia peti potest*“ auf die Hauptschuld und ihre Fälligkeit — *dies venit* — zu beziehen. Vgl. damit Ulpian's Ausspruch L. 213 Dig. de verb. sign. 50. 16: „*venire diem significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit*“. — ²⁾ Die *sponsio* und *fidepromissio* war für römische Bürger nicht vererblich. Gaius III, 120. — ³⁾ Cf. Gaius III, 122: „*quae lex ante legem Furiam lata est, quo tempore in solidum obligabantur*“.

erfüllte, eine eigene Schuld und hatte alsdann gegen seine Mitbürgen nur die *actio ex lege Appuleia* auf verhältnissmässigen Ersatz ¹⁾). Leistet er aber nach Fälligkeit der Hauptobligation das Ganze, so bezahlt er damit eine Nichtschuld und kann dasjenige, was er über seinen Kopftheil hingegeben hat, vom Gläubiger zurückfordern, wobei dem sponsor in gewissen Fällen sogar das verschärfte Verfahren der *legisactio per manus iniunctionem* zusteht ²⁾).

Die sämtlichen hier erwähnten Rechtswohlthaten erstreckten sich auf den *fideiussor* nicht und selbst die in der *epistula Divi Hadriani* enthaltene Reform blieb weit hinter demjenigen zurück, was die *lex Furia* für die Lage des sponsor und *fidepromissor* geschaffen hatte.

Die Fälligkeit der Hauptschuld bringt in die Haftung des *fideiussor* keine Veränderung. Zahlt er nach dem „*dies, quo pecunia peti potest*“ ohne Vorbehalt das Ganze, so erfüllt er damit seine eigene Verpflichtung und ein selbstständiger Rückgriff nach dem Vorbilde der *lex Appuleia* gegen seine Mitbürgen wird ihm nicht gewährt. Dieses und nichts weiter besagt die oft irrtümlich interpretirte.

L. 39 Dig. de fidei. et mand. 46, 1 Modestinus: *Ut fideiussor adversus confideiussorem suum agat, danda actio non est. Ideoque si ex duobus fideiussoribus eiusdem quantitatis cum alter electus a creditore totum exsolvit nec ei cessae sint actiones, alter nec a creditore nec a confideiussore convenietur.*

„*Danda actio non est*“ d. h., es giebt für diesen Fall keine besondere selbstständige Klage. Will daher der Mitbürge seine Ansprüche geltend machen, so bedarf er hierzu einer *actio cessa*. Dasselbe bestätigt L. 11 pr. Cod de fideiussor. et mandat. 8, 40 Imp. Alexander:

Cum alter ex fideiussoribus in solidum debito satisfaciat, actio ei adversus eum qui una fideiussit non competit.

¹⁾ Wofern man eine Geltung dieses Gesetzes für Italien nach Einführung der *lex Furia* noch annehmen will. cf. Gaius III, 122: „*sed an etiam in Italia beneficium legis Appuleiae supersit, valde quaeritur*“. — ²⁾ Gaius IV, 22.

Die *epistula Divi Hadriani* sieht von einer gesetzlichen Theilung der Bürgenobligation ganz ab.

L. 26 Dig. de fideiussor. et mandator. 46, 1 Gaius: Inter fideiussores non ipso iure dividitur obligatio ex epistula divi Hadriani:

Jeder confideiussor haftet bis zuletzt für die ganze Bürgenschuld

Gaius III, 121: fideiussores vero perpetuo tenentur, et quotquot erunt numero, singuli in solidum obligantur, cf. § 4 Inst. de fideiuss. III, 20.

Erst wenn der Gläubiger mit der Klage vorgeht, kann jeder auf Leistung der ganzen Bürgenschuld belangte fideiussor verlangen, dass zunächst drei Thatsachen einer Prüfung unterzogen werden, deren Vorhandensein eine Theilung der Klage unter die Mitbürger bedingt:

1. Ob ausser ihm noch andere fideiussores für dieselbe Hauptschuld haften und ob auch ihre Verbindlichkeit in demselben Zeitpunkt fällig ist.

2. Wie viele von diesen confideiussores anwesend sind ¹⁾.

3. Wie viele von den anwesenden confideiussores als zahlungsfähig zu betrachten sind.

Diese drei Thatsachen mussten zur Zeit der *litis contestatio* zusammentreffen. Ihre Untersuchung hatte daher vor jenem Act, also jedenfalls in iure, d. h. vor dem Prätor, stattzufinden ²⁾.

Was zunächst das unter 1. erwähnte Requisit betrifft, so kommen hier nur diejenigen Mitbürger in Frage, welche zur Zeit der *litis contestatio* ausgeklagt werden können. Ist daher durch eine besondere Uebereinkunft mit dem Gläubiger etwa durch einen Vergleich ³⁾ oder *pactum de non petendo*

¹⁾ Es ist sehr auffallend, dass Gaius dieses Erfordernisses mit keinem Worte Erwähnung thut. Ebenso wird es in den justinianischen Institutionen mit Stillschweigen übergangen. Die einzige Stelle, welche in Pandekten und Codex auf die „*praesentia*“ hinweist, ist L. 10 pr. Dig. de fidei. 46, 1. Indessen hebt Nov. 99, die jene Frage nochmals behandelt, das Requisit der „*praesentia*“ ausdrücklich hervor. — ²⁾ § 4 Inst. de fideiussor. III, 20 L. 51 §§ 1. 4 Dig. de fidei. 46, 1, L. 16 Cod. de fidei. 8, 40. — ³⁾ L. 15 § 1 Dig. de fidei. 46, 1 Iulianus: „Si ex duobus, qui apud te fideiusserant in viginti, alter, ne ab eo peteres, quinque tibi dederit vel promiserit, nec alter liberabitur et, si ab altero

in personam¹⁾ ein confideiussor vorher befreit worden, so kommt er weiter nicht mehr in Betracht und das ihm Erlassene fällt den übrigen Mitbürgen zur Last. Diese Consequenz steht in voller Uebereinstimmung mit den Grundsätzen der fideiussio. Der Gläubiger sollte freie Hand haben in der Ausübung seiner Rechte dem Hauptschuldner und den Bürgen gegenüber. Es stand ihm auch frei, durch Entlassung von Bürgen seine Sicherheit zu mindern, ohne dass irgend jemand dawider Einsprache erheben durfte.

Wesentlich anders verhielt es sich, wenn eine Mandatsbürgschaft vorlag. Hier verbot die bona fides dem Gläubiger jede nachtheilige Veränderung nicht nur der Hauptschuld, sondern auch aller accessorischen Rechte, welche jener zur Seite standen, als der Bürge in seine Haftung eintrat. Eine Uebernahme der Bürgschaft mit der ausdrücklichen Forderung, dass Mitbürgen gestellt würden, braucht hierbei keineswegs vorausgesetzt zu werden²⁾. Der Gläubiger handelt auch dann schon contra bonam fidem, wenn er das vom Mandator anfänglich eingegangene Risiko vergrößert. Das vom Bürgen übernommene „periculum“ wird aber dadurch zweifellos vermehrt, dass der Gläubiger einen Mitbürgen, dessen Mithaftung

quindecim petere institueris, nulla exceptione summo veris: reliqua autem quinque si a priore fideiussore petere institueris, doli mali exceptione submoveris“. Schon Dernburg, Pandekten II § 81 N. 7 und Goldschmidt in Jherings Jahrbüchern 26 N. F. 14 S. 366 haben jeden Versuch einer anderen Lesart als verfehlt und ganz überflüssig verworfen. Ich schliesse mich ihnen vollkommen an. Dagegen kann ich Goldschmidts Einwand, dass es dem Gläubiger nicht freigestanden habe, den „einen Mitbürgen auch zum Nachtheil des Mitbürgen zu liberiren“ — a. a. O. S. 368 — nicht beistimmen. Nach den Regeln der fideiussio des classischen Rechts hatte er diese Befugnis ganz fraglos. Für das moderne Recht, sowie zum Theil auch für das justinianische ist Goldschmidts Darstellung dagegen durchaus zutreffend, cf. auch Dernburg a. a. O. II § 81 Note 7 und Hasenbalg a. a. O. S. 488 N. 8^a.

¹⁾ L. 23 Dig. de pact. 2, 14 Paulus: „Fideiussoris autem conventio nihil proderit reo, quia nihil eius interest a debitore pecuniam non peti. Immo nec confideiussoribus proderit. Neque enim quoquo modo cuiusque interest, cum alii conventio facta prodest, sed tunc demum, cum per eum, cui exceptio datur, principaliter ei qui pactus est proficiat: sicut in reo promittendi et his qui pro reo obligati sunt. —

²⁾ L. 59 § 6 Dig. mandati 17, 1.

auch nicht gerade besonders ausbedungen wurde, seiner Verpflichtung entbindet. Der Mandator wird daher verlangen können, dass bei der Klage theilung der also befreite Mitbürge auch in Betracht gezogen werde.

Eine Ausnahme wird nur in dem Falle anerkannt werden dürfen, wenn der Gläubiger nachträglich zu seiner eigenen Sicherheit und ohne jede Vereinbarung mit dem Mandator sich für dieselbe Hauptschuld einen weiteren Bürgen bestellen lässt. Letzterer kann rechenschaftslos und ohne Verletzung von Treue und Glauben nachher wieder liberirt werden. Der Gläubiger darf zwar das *periculum* des Mandators durch sein Verhalten nicht erhöhen, daraus ergibt sich indessen keineswegs die Verpflichtung, durch einseitiges positives Thun das *Risico* des Bürgen zu beseitigen oder zu mindern. Was der Gläubiger in dieser Richtung aus freien Stücken gethan hat, kann er willkürlich, ohne ein Recht zu verletzen, auch wieder rückgängig machen.

Schwierig ist es, sich diejenigen Vorgänge zu vergegenwärtigen, durch welche das unter 2. erwähnte Requisit — die Zahlungsfähigkeit der Mitbürgen — erhärtet wurde. Es muss angenommen werden, dass eine blosse Bescheinigung dieser Thatsache vor dem Prätor genügte. Einmal war der Prätor hinsichtlich der Art und Weise, wie sich während des Verfahrens in *iure* seine Ueberzeugung zu bilden hatte, an keinerlei Regeln gebunden. Sodann darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass bei der Vereinigung des gesammten Geschäfts- und Börsenwesens während der ersten Kaiserzeit in der Stadt Rom es durchaus nicht so schwierig war, wie es uns jetzt dünkt, sich über die Vermögenslage des Einzelnen die erforderlichen Aufschlüsse zu verschaffen. Der Einfluss des Prätors reichte viel weiter, als derjenige irgend eines heutigen Gerichts. Er war daher durchaus in Stand gesetzt, sich die erforderlichen sachverständigen Auskünfte zur Unterstützung seiner eigenen Meinung zu verschaffen.

Später bei der Decentralisirung des geschäftlichen Lebens im römischen Weltreich liess sich die bisherige Praxis freilich nicht mehr aufrechterhalten. Daher sehen wir, dass Justinian bei der Einführung des *beneficium excussionis* oder der Vorauklage durch die Nov. IV, 1 von dem Erforderniss der

Zahlungsfähigkeit Abstand nimmt und nur den Nachweis der Anwesenheit des Hauptschuldners fordert. Diese Einschränkung lag durchaus nicht im Sinne des neuen Gesetzes. Es entsprach ohne Zweifel dem Willen Justinians, dass dem Gläubiger die aussichtslose Anstellung einer Vorklage gegen einen insolventen Hauptschuldner erspart bleibe. Eine solche Bestimmung scheiterte aber an der praktischen Undurchführbarkeit des Beweises der Insolvenz ohne vorherige Ausklagung ¹⁾).

Wo aber andererseits — wie in Nov. 99 — das „solvendo esse“ als Gegenstand eines besonderen Nachweises auch später noch hervorgehoben wird, da erachtet es der Kaiser doch für nothwendig, das Verfahren genau zu normiren, und zwar, was sehr bezeichnend ist, in der Weise, dass die anwesenden Mitverpflichteten in den Rechtsstreit des zunächst Belangten herangezogen werden sollen. Hierdurch liess sich dann allerdings die ökonomische Lage auch der Mitbürgen am sichersten feststellen ²⁾).

¹⁾ Aus diesem Grunde ist es durchaus zu billigen, wenn die heutige Praxis die Bestimmungen der Nov. IV dahin ergänzt, dass eine Vorklage des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auch dann nicht gefordert werden könne, falls letzterer sich im Concurs befindet; cf. Seuffert XIV N. 34: „Zum Ausschluss der Rechtswohlthat der Vorklage wird der Nachweis der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners, gleichviel bei welcher Gelegenheit solche sich herausstellt, erfordert.“ Das gleiche Princip spricht aus: Seuffert IV N. 42, VII N. 314, X N. 48, XIII N. 85, XXI N. 111, XXII N. 141, XXVI N. 18, XXVII N. 130, XXVIII N. 204, XXXVII N. 28; Dernburg, Pfandrecht II S. 385; Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches Art. 675. Anderer Meinung ist freilich Chop, Archiv für civilist. Praxis Bd. XV S. 50 ff., S. 65, welcher die Frage verneint, indessen sucht man in seiner Deduction vergeblich nach neuen Gründen. Chop erklärt einfach: diese Ausnahme sei nicht einzuräumen, weil in der Nov. IV davon nichts stehe. Dies kann freilich nicht bestritten werden, hat aber auch darin seinen guten Grund, dass die Römer unser heutiges Concursverfahren nicht kannten. Daher geht Chop auch viel zu weit, wenn er behauptet, diese Einschränkung der Vorklage widerspreche dem Geiste der Nov. IV; das Gleiche vertritt die vereinzelte Entscheidung des O. A. G. Darmstadt, 21. Oct. 1854 bei Seuffert XII, N. 158. — ²⁾ Ich halte es für sehr wahrscheinlich, dass Justinian mit der Nov. 99 unter anderem auch die Regelung dieser Seite des *auxilium divisionis* den veränderten wirthschaftlichen und processualen Verhältnissen entsprechend anstrebte. Darauf mag sich auch die in

Galt es die Zahlungsfähigkeit eines confideiussors zu bescheinigen, so wurden alsdann nicht nur seine eigenen Vermögensverhältnisse, sondern namentlich auch diejenigen accessorischen Sicherungsmittel in Betracht gezogen, welche er dem Gläubiger bestellt hatte. War daher für einen vermögenslosen Mitbürger ein solventer Nachbürge eingetreten, so durfte ersterer bei der Klagetheilung nicht übergangen werden:

L. 27 § 2 Dig. de fidei. 46, 1 Ulpianus: Praeterea si quaeratur, an solvendo sit principalis fideiussor, etiam vires sequentis fideiussoris ei adgregandae sunt.

War es dem Beklagten ¹⁾ gelungen, den Prätor vom Zusammentreffen der hier besprochenen drei Erfordernisse zu überzeugen, so konnte er eine Herabsetzung der gegen ihn auf Zahlung der ganzen Bürgenschuld erhobenen Klage in der Weise verlangen, dass nur ein der Anzahl seiner Mitbürgen entsprechender Kopftheil in die wider ihn gerichtete formula aufgenommen und in iudicium deducirt werde. Hiernach erfolgte also auch die Theilung der Klage in iure durch den Prätor:

Paulus I, 20: Inter fideiussores ex edicto praetoris, si solvendo sint, licet singuli in solidum teneantur, obligatio dividetur.

der Einleitung erwähnte „retractatio“ und „adiectio“ beziehen. Jedenfalls ist es doch kein blosser Zufall, wenn §§ 1 und 2 des Cap. 1 der Nov. nur das Verfahren behandeln, welches bei der Theilung des Anspruches zu beobachten sei.

¹⁾ Dem gegenüber ist früher mehrfach die Meinung ausgesprochen worden, der Kläger habe die Insolvenz der Mitbürgen nachzuweisen gehabt; cf. Lauterbach, Coll. Lib. 45 Tit. 2 § 23 sub 2. Cocceji, Iuris civilis contrav. pars II Lib. 45 Tit. 2 quaest. 10. Donellus Ao. Tit. 40 Lib. 8 Cap. XIII sub 3 und endlich Seufferts Pand. Bd. II § 228 S. 8 ff. Das ist entschieden falsch. Diese Verschiebung der Beweislast ist von vornherein ausgeschlossen, wenn der beklagte Mitbürge, wie wir später sehen werden, ausnahmsweise die exceptio „si non et illi solvendo sint“ vorschützt. Aber auch beim regelmässigen Verfahren, nach welchem diese Frage in iure untersucht und entschieden wurde, ist diese Annahme nach Ausdrucksweise und Darstellung der Quellen unzulässig. Stets tritt uns der ausgeklagte Bürge als derjenige entgegen, welcher die Zahlungsfähigkeit der Mitbürgen behauptet „qui contendit“, während der Gläubiger überall nur Zweifel hieran geltend macht „dubitat“, cf. L. 28 und L. 10 pr. Dig. de fidei. 46, 1.

Das gleiche Princip spricht aus:

L. 10 § 1 Cod. de fideiussor. 8, 40 Imp. Alexander:
 Ut autem is, qui cum altero fideiussit non solus conveniatur, sed dividatur actio inter eos qui solvendo sunt, ante condemnationem ex ordine postulari solet.

Auf dieses Verfahren bei der Klagentheilung weist auch der in § 4 Inst. de fidei. 3, 20 angeführte Wortlaut der epistula selbst hin, wo es heisst, der Gläubiger werde gezwungen (compellitur) „a singulis, qui modo solvendo sint litis contestatae tempore, partes petere“. Der Kläger sollte nur einen Theil fordern, nur um einen Theil processiren dürfen. Hierzu zwang ihn der Prätor dadurch, dass er nur einen Theil des Gesamtanspruches in die formula aufnahm und ihn nöthigte, nur über diese herabgesetzte Forderung in iudicio zu verhandeln. Wenn wirklich, wie allgemein angenommen wurde, es regelmässig dem iudex oblag, die Theilung des Anspruches auf Grund einer exceptio vorzunehmen, so hätte die epistula selbst von „partes petere“¹⁾ nicht reden dürfen, denn der in Folge einer exceptio in der condemnatio zurückgedämmte Anspruch ist nimmermehr eine Theilklage.

In der Regel ist in den Quellen von einer Theilung der „actio“ die Rede cf. § 4 Inst. 3, 20 L. 10 pr. § 1, L. 51 pr. § 4. 5, L. 52 § 1. Dig. de fidei. 46, 1, L. 12 in fin. Dig. rem pup. 46, 6, L. 10 § 1, L. 16, Cod. de fidei. 8, 40, Gaius III, 121 und 122.

Dagegen wird in dem gleichen Zusammenhang an Stelle der „actio“ von einzelnen einer „obligatio“ Erwähnung gethan; so von Ulpian in der L. 27 § 4 Dig. de fidei. 46, 1, von Paulus in seinen sententiae lib. I, 20 cit. In L. 3 Cod. de fidei. et mand. 8, 40 brauchen die Kaiser Severus und Antoninus denselben Ausdruck.

Gleichwohl hat auch diese Bezeichnung ihre Berechtigung. Von der auf ein „dare oportere“ gerichteten Bürgenobligation wurde ein Theil durch die litis contestatio abgetrennt, in

¹⁾ „petere“ heisst im Process fordern; cf. Gaius IV, 148: „uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat“. Es hat den gleichen Sinn wie „in partes convenire“, wofür übereinstimmend auch der Ausdruck „actionem dividere“ gebraucht wird. L. 11 pr. Dig. de duob. reis 45, 2.

„condemnari oportere“ verwandelt und dadurch vernichtet¹⁾, während dem Reste der Obligation eine gleichartige Theilung unter die übrigen Mitbürgen bevorstand. Trotzdem ist eine Verwechselung mit den Wirkungen der lex Furia ganz ausgeschlossen, da, wie Gaius — L. 26 Dig. de fidei. 46, 1, desgl. Inst. III, 121 — treffend bemerkt, die epistula Hadriani eine Theilung, die von selbst, auf Grund gesetzlicher Vorschrift in einem bestimmten Termine eintrete, nicht kennt.

Nachdem der Prätor die Theilung der Klage in iure beschlossen hatte, erhielt der Richter seine Instruction in diesem Sinne.

Die Frage, was der Prätor nach der Klagentheilung in die formula setzte, erledigt sich sehr einfach, wenn die Bürgschaft auf ein certum gerichtet war. Hier bestimmte der Prätor selbst in runder Summe den Betrag, der in iudicium deducirt wurde.

Wir wählen folgendes Beispiel: Numerius Negidius und Seius haben als confideiussores bzw. als comandatores für Titius beim Aulus Agerius auf den Betrag von XX Tausend Bürgschaft geleistet. Nachdem die Forderung fällig geworden ist, klagt Aul. Ag. den Num. Neg. aus. Beim Verfahren in iure stellt es sich heraus, dass der Mitbürge Seius anwesend und zahlungsfähig ist. Der Prätor setzt also auf Verlangen des Num. Neg. sowohl in die intentio als auch in die condemnatio der dem Aul. Ager. gewährten formula anstatt der ursprünglich geforderten XX Tausend den auf Numer. Neg. entfallenden Kopftheil von X Tausend.

Die Gliederung der formula haben wir uns daher nach dem von Gaius gegebenen Vorbilde zu denken²⁾. Es wird hier für zulässig erklärt, einen Theil der Gesamtforderung in die intentio zu setzen und den Rest in einem besonderen Verfahren nachher beizutreiben.

¹⁾ Gaius III, 180: „Tollitur adhuc obligatio litis contestatione Nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione“. — ²⁾ Gaius IV, 56: . . . minus autem intendere licet; sed de reliquo intra eiusdem praeturam agere non permittitur. Nam qui ita agit, per exceptionem excluditur, quae exceptio appellatur „litis dividuae“.

Die gegen den Num. Neg. gerichtete formula lautete also, wenn der fideiussio ein certum zu Grunde lag, folgendermassen:

Si paret Numerium Negidium pro Titio apud Aulum Agerium sestertium X M. fide sua esse iussisse, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X M. condemna s. n. p. a.

oder wenn eine Mandatsbürgschaft für ein certum in Frage kam:

Si paret Aulum Agerium mandato Numerii Negidii a Titio sestertium X M. stipulatum esse, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X M. condemna s. n. p. a.

Es könnte zweifelhaft erscheinen, ob der nicht in iudicium deducirte Theil in der formula ganz mit Stillschweigen übergangen wurde. Immerhin hatte Num. Neg. für XX Tausend gebürgt und die intentio ist doch gerade derjenige Satz der formula, welcher die Rechtsbehauptung des Klägers enthält — ea pars formulae qua actor desiderium suum concludit — Gaius IV, 41.

Indessen besteht der Zwang, den die epistula Hadriani ausübt gerade darin, dass der Kläger veranlasst wird, dieses sein „desiderium“ auf den in iure vom Prätor normirten Theil herabzusetzen. Auf den ursprünglichen Bürgschaftsbetrag nochmals in der formula hinzuweisen, war mithin ebenso überflüssig, wie eine Erwähnung der Haftung, Anwesenheit oder Solvenz der Mitbürgen. Nachdem diese Fragen in iure definitiv erledigt waren, lagen sie ausserhalb der Competenz des iudex und gehörten nicht mehr ins iudicium.

Anders gestaltete sich die formula, wenn die Forderung gegen die Bürgen auf ein incertum gerichtet war.

Hier enthielt die intentio in jedem Falle, es mochte eine Theilung der Klage stattgefunden haben oder nicht, ein incertum „quidquid ob eam rem dare facere oportet“. In Folge dessen war es ungewiss, was nun eigentlich ins iudicium hinübergeleitet sei; die ganze Forderung des Gläubigers oder nur eine portio virilis.

Einen Aufschluss konnte erst die condemnatio bringen, jedoch auch nur, wenn in ihr ausdrücklich hervorgehoben

wurde, dass es sich um eine Theilklage und demgemäss um eine Verurtheilung in dasjenige handle, was der Beklagte „pro parte“ zu leisten hat¹⁾. Damit aber der iudex im Stande sei, die Höhe dieses Theiles zu bestimmen, ist es erforderlich, dass ausserdem in der formula die Zahl derjenigen Mitbürgen angegeben werde, unter welche in iure die Klage getheilt wurde. Neben dem Num. Neg. wird also der Prätor in der demonstratio resp. praescriptio der formula auch diejenigen Conmandatoren oder Fideiussoren namhaft machen müssen, welche sich zur Zeit der litis contestatio als anwesend und zahlungsfähig erwiesen haben.

Bei der Theilung der actio incerti unter mehrere confideiussores würde die formula demnach lauten:

E. R. A. quod Numerius Negidius cum Seio pro Titio apud Aulum Agerium incertum fide sua esse iussit, quantam partem paret ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna s. n. p. a.

oder bei der Haftung mehrerer Conmandatoren:

quod Aulus Agerius Numerii Negidii et Seii mandato a Titio incertum stipulatus est, quantam partem paret ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna s. n. p. a.

Da hier jedenfalls ein incertum in iudicium deducirt wird, so kommt es nur darauf an, dieses durch Gliederung der formula dergestalt zu normiren, dass sich als factischer Inhalt des incertum schliesslich nur die auf den ausgeklagten Mitbürgen entfallende Quote herausstellt. Nur hierauf bezog sich die litis contestatio und nur dieser Bruchtheil der ganzen Bürgenschuld war in iudicium deducirt.

Die dem Kläger bei der fideiussio drohende Klagenconsumtion war damit in Beziehung auf die Rate des Seius abgewandt. Diese blieb einem nachträglichen Verfahren vorbehalten

¹⁾ „Pro parte“ liesse sich ebensogut auf die intentio als auf die condemnatio beziehen, da sich bei der intentio incerta überhaupt „Rechtsbehauptung und Rechtsfolge, Bedingung und Mass der Condemnation mischen“, cf. Keller, Der römische Civilprocess (Wach). S. 194 Note 444.

und konnte später ganz ebenso nachgefordert werden, wie solches bei der *actio certi* hinsichtlich des nicht in die formula aufgenommenen Restbetrages von X Tausend der Fall war.

Hiermit erledigen sich dann auch die von Keller und Lenel bezüglich der *actio incerti* geltend gemachten Bedenken, es schliesst sich die von ihnen offen gelassene Lücke¹⁾.

Keller meint, wir hätten hier den Fall einer Klage, durch welche der Kläger wegen der Einschränkung der *Condemnation* unmöglich das Ganze erhalten könne, und doch wegen der Allgemeinheit der *Intentio* seine ganze Forderung in *iudicium deducire* und *consumire*. Er ist fest davon überzeugt, dass es irgendwelche praktische Schutzmittel für den creditor gegeben haben muss. Diese Schutzmittel sucht Keller aber nicht in der formula selbst, sondern ausserhalb derselben, z. B. in der gleichzeitigen Ausklagung aller Mitbürgen, die, wie er sogleich einräumt, freilich nicht immer möglich gewesen sei. Einen sicheren Aufschluss hierüber vermag er in den Quellen nicht zu finden.

Auch Hasenbalg²⁾ spricht von einem besonderen, uns heute nicht mehr bekannten Mittel, durch welches die Klagenconsumtion bei der Theilung einer *actio incerti* abgewandt wurde, meint aber auch, dass die Quellen über den Charakter dieses Mittels keinerlei Aufklärung bieten.

Durch die *litis contestatio* mit dem ausgeklagten Bürgen in Beziehung auf den Theilanspruch wird jede weitere Forderung des Gläubigers gegen ihn aus der Bürgschaft beseitigt. Das kann angesichts klarer Quellenzeugnisse³⁾ nicht mehr in Frage gezogen werden und wird auch jetzt nicht weiter angefochten⁴⁾. Eine Meinungsverschiedenheit besteht nur über den rechtlichen Grund dieser definitiven Befreiung. Die einen sind der Ansicht, dass jene Vereitelung jedes ferneren An-

¹⁾ Keller, *Litiscontestatio* S. 569; vgl. Lenel, *Edictum* S. 171; ferner auch Girtanner, *Die Bürgschaft* S. 100 und 459 ff. — ²⁾ Hasenbalg, *Bürgschaft* S. 503. — ³⁾ L. 51 § 4, L. 52 § 1 Dig. de fidei. 46, 1, L. 16 Cod. de fidei. et mand. 8, 40, Theophil § 4 III, 20. — ⁴⁾ Einen anderen Standpunkt haben vertreten: Thibaut, *Pandekten* § 593. Mackeldey, *Institutionen* § 633. Sie gingen davon aus, dass es sich nur um eine provisorische Ausklagung eines Theiles handle und dass daher die fehlenden Beträge auch noch nachher von demselben Bürgen beigegeben werden können.

spruches auf die Wirkung der Processconsumtion zurückzuführen sei. Diese irrige Auffassung wurde besonders dadurch gestützt, dass man die Geltendmachung des *auxilium divisionis* sich regelmässig auf dem Wege der *exceptio* dachte. Da nach dieser Vorstellung die ganze Bürgenschuld als in *iudicium* deducirt erschien, so konnte man auch nur zu dem Schlusse gelangen, dass die ganze Forderung durch *litis contestatio* erloschen sei. Zugleich hatte man aber mit der Inconsequenz zu kämpfen, dass dessen ungeachtet die übrigen solventen und anwesenden Mitbürgen auch nachher aus der nämlichen Forderung belangt werden konnten. Zur Beseitigung jenes unlösbaren Widerspruches habe dann jenes apokryphe, auf uns nicht überlieferte Schutzmittel dienen müssen¹⁾.

Nach unserer Darstellung fand aber eine Consumtion nur in Beziehung auf die in *iudicium* deducirte Theilklage statt. Mit demselben Recht, mit dem der Rest des Bürgschaftsanspruches von den Mitbürgen nachgefordert werden konnte, hätte er auch von dem bereits ausgeklagten Bürgen beigegeben werden dürfen. Dass letzteres nicht mehr geschehen konnte, dafür bieten uns nur die Bestimmungen der *epistula Hadriani* selbst eine genügende Erklärung.

Es ist hier ausdrücklich gesagt, dass der ausgeklagte Mitbürge vor der *litis contestatio* eine Theilung der *actio*, falls gewisse Voraussetzungen zutreffen, fordern — *desiderare* — dürfe. Diese Theilung ist jedenfalls eine definitive und kann daher auch nur angefochten werden, wenn sich jene Voraussetzungen als irrig herausstellen sollten:

L. 52 § 1, Dig. de fidei. 46, 1, Papinianus: *Inter fideiussores actione divisa condemnatus si desierit esse solvendo, fraus vel segnitia tutoribus, qui iudicatum persequi potuerunt, damnum dabit: quod si divisam actionem inter eos, qui non erant solvendo, constabit, pupilli nomine restitutionis auxilium implorabitur.*

Ferner darf die Insolvenz des einen Mitbürgen dem anderen nur insofern zur Last fallen, als sie vor der *litis con-*

¹⁾ Hasenbalg a. a. O. S. 503 und die anderen bereits genannten Schriftsteller, namentlich Girtanner a. a. O. S. 460.

testatio vorlag¹⁾. Daraus ergibt sich, dass der Gläubiger durchaus nicht berechtigt ist, an dem einmal ausgeklagten Bürgen sich nachträglich noch einmal schadlos zu halten, falls er von den bei der Klagentheilung in Betracht gezogenen Mitbürgen später nichts erlangen sollte.

Auch die von Gaius — III, 121 — selbst betonte Analogie der *lex Furia* halte ich für passend²⁾. Niemandem fiel es ein, bei dieser von einer bloss provisorischen Theilung der Obligation zu reden; wie sollte man da ohne bestimmten Quellenhinweis darauf kommen, der *epistula Hadriani* eine nur vorübergehende Wirkung beizulegen.

Wäre endlich die endgiltige Befreiung des mit der Theilklage belangten Bürgen von allen weiteren Bürgschaftsverbindlichkeiten lediglich auf eine Klagenconsumtion zurückzuführen gewesen, so hätte bei dem Wegfall der letzteren die Wirkung des *auxilium divisionis* eine andere, beschränktere sein müssen. Nirgends aber finden wir einen Hinweis darauf, dass bei der Mandatsbürgschaft, welche die Klagenconsumtion nie kannte, besondere Regeln gegolten hätten, oder dass nach Beseitigung der Klagenconsumtion für die *fideiussio* durch L. 28 Cod. de fidei. 8, 40 die Wirkungen der *epistula Hadriani* sich überhaupt geändert hätten.

Bis zur Ausklagung wird die ganze Bürgenschuld als eine ungetheilte Verbindlichkeit jedes einzelnen Bürgen angesehen. Zahlt daher einer von ihnen ohne Rechtsstreit aus freien Stücken die ganze Schuld oder doch mehr, als bei einer Theilung nach den Grundsätzen der *epistula Hadriani* auf ihn entfallen würde, so kann er das über seinen event. Kopftheil Geleistete nicht zurückfordern, da er seine eigene Schuld erfüllt hat. § 4 Inst. de fidei. 3, 20 L. 49 § 1 Dig. de fid. 46, 1.

Aus dem gleichen Grunde darf der Bürge, welcher ohne jeden Vorbehalt einen Theil der gesamten Bürgenschuld gezahlt hat, auch nachher noch vom Gläubiger auf Leistung des Restes belangt werden. In einem solchen Falle kann er

¹⁾ § 4 Inst. de fideiuss. 3, 20 L. 26 Dig. de fideiuss. 46, 1. —

²⁾ v. Wening-Ingenheim a. a. O. S. 406 u. ff. behauptet sogar, „die *epistula Hadriani* sei aus der *lex Furia* hervorgegangen, in dieser sei der Grund zu jener zu finden“.

zwar hinsichtlich des ausgeklagten Betrages das *auxilium divisionis* in Anspruch nehmen, jedoch gestatten die strengen Regeln der *epistula Hadriani* nicht, das bereits Geleistete hierbei in Anrechnung zu bringen. Bei der Theilung soll eben die ganze noch ausstehende Forderung und alle hierfür haftenden Bürgen in Betracht gezogen werden. Wenn daher Papinian dennoch anerkennt, dass die vorher vom ausgeklagten Bürgen gemachte Abzahlung bei der Klagentheilung berücksichtigt werden solle, so konnte dieses nur vermittels einer *exceptio doli generalis* geschehen, welche dem Beklagten, was sehr bezeichnend ist, „*humanitatis gratia*“ gewährt wird:

L. 51 § 1 Dig. de fidei. 46, 1: Fideiussor, qui partem pecuniae suo nomine vel rei promittendi solvit, quo minus residui divisione facta portionis iudicium accipiat, recusare non debet: eam enim quantitatem inter eos qui solvendo sunt dividi convenit, quam litis tempore singuli debent. Sed humanius est, si et alter solvendo sit litis contestationis tempore, per exceptionem ei qui solvit succurri.

Der leitende Gedanke ist darin zu suchen, dass der Bürge seine Verpflichtung, wie sie durch die *epistula Hadriani* normirt wird, thatsächlich bereits früher erfüllt hat.

II.

Unter den drei Thatsachen, deren Nachweis die Voraussetzung der Klagentheilung bildete, verursachte, wie wir gesehen haben, die Zahlungsfähigkeit der Mitbürgen bei weitem die grössten Schwierigkeiten. Diesem Umstande haben auch die Quellen Rechnung getragen, indem sie dem ausgeklagten *fideiussor* oder *mandator* für den Fall, dass die Anwendung des *auxilium divisionis* an dieser Frage in iure scheitern sollte, verschiedene Auswege einräumen.

1. Sollte es dem Beklagten nicht gelingen, die Solvenz seiner Mitbürgen vor dem Prätor gehörig zu bescheinigen, so kann er unter der Voraussetzung, dass dieselben anwesend sind, für ihre Zahlungsfähigkeit die Garantie übernehmen und alsdann die Theilung der Klage fordern.

L. 10 pr. Dig. de fidei. 46, 1 Ulpianus: Si dubitet creditor, an fideiussores solvendo sint, et unus ab eo

electus paratus sit offerre cautionem, ut suo periculo confideiussores conveniantur, in parte dico audiendum eum esse, ita tamen, et si satisdationes offerat et omnes confideiussores, qui idonei esse dicuntur, praesto sint:

Auch mit dieser Stelle hat man wiederum die leidige Frage der Klagenconsumtion in Zusammenhang gebracht. Die Cautionsleistung des ausgeklagten Bürgen habe keinen anderen Zweck verfolgt als den, die Wirkungen der Klagenconsumtion zu vereiteln. Wie wir gesehen haben, kann eine solche Function dieser Garantie unmöglich beigelegt werden, weil nach einer Theilung der actio in iure eine Consumtion der nicht in iudicium deducirten Ansprüche überhaupt nicht eintreten konnte. Schon Windscheid hat davor gewarnt, den einzigen¹⁾ Zweck dieser Stelle in der Sicherung vor der Klagenconsumtion zu suchen, „jedenfalls haben die Compilatoren, indem sie die L. 10 pr. Dig. cit. trotz der L. 28 Cod. de fidei. 8, 40 aufgenommen haben, ihr eine von der Klagenconsumtion unabhängige Bedeutung gegeben“.

Für uns unterliegt es keinem Zweifel, dass Ulpian lediglich dem ausgeklagten Bürgen eine Erleichterung wollte zu Theil werden lassen. Er giebt ihm die Möglichkeit, falls es ihm nicht gelingen sollte, den Prätor in iure von der Zahlungsfähigkeit seiner Mitbürgen zu überzeugen, sich trotzdem wenigstens vorläufig die Vortheile des auxilium divisionis zu sichern. Deshalb ist es nothwendig, dass die übrigen Erfordernisse der Klagentheilung vorliegen, dass also vor allem die Mitbürgen anwesend sind²⁾. Für die einstweilen noch fragliche Solvenz der letzteren bot dann die satisdatio dem Gläubiger genügende Sicherheit.

2. Neben diesem Anspruch auf vorläufige Klagentheilung kann der ausgeklagte Bürge, falls es ihm nicht gelingen sollte, den Prätor zur Theilung der actio zu bewegen, sich eine ex-

¹⁾ Die Frage, welchen andern Zweck die in L. 10 pr. cit. enthaltene Bestimmung noch verfolgen könnte, lässt Windscheid freilich offen. Pandekten Bd. II § 479 Note 4. — ²⁾ „Si omnes confideiussores, qui idonei esse dicuntur, praesto sint.“ Windscheid a. a. O. S. 808 legt die Betonung darauf, dass der in Anspruch Genommene Vorausklage gegen seine Mitbürgen verlange. Das ist gewiss auch richtig, indessen scheint die Bedeutung der Stelle gerade in der Klagentheilung zu liegen.

ceptio ausbitten mit dem Wortlaute „si non et illi solvendo sint“. Diese Einrede bildet keineswegs, wie man meist annimmt, das alleinige Mittel zur Geltendmachung des *auxilium divisionis*, vielmehr kommt sie ausnahmsweise neben dem regelmässigen Theilungsverfahren vor dem Prätor in iure zur Anwendung. Das kann angesichts ihrer ganz vereinzelter Erwähnung in den Quellen und der Darstellung des Paulus gar nicht bezweifelt werden:

L. 28 Dig. de fidei. 46, 1: Si contendat fideiussor ceteros solvendo esse, etiam exceptionem ei dandam „si non et illi solvendo sint“.

Falls wirklich das *auxilium divisionis* laut Vorschrift der *epistula Hadriani* auf einer *exceptio* beruhte, welchen Sinn hätte da wohl die aphoristische Erwähnung der Einrede ohne jegliche weitere Erläuterung fast hundert Jahre nach ihrer angeblichen Einführung? Und welche Bedeutung käme alsdann vollends dem „etiam“ zu? Weist dieses Wort nicht gerade mit aller Bestimmtheit darauf hin, dass ausser der *exceptio* und zwar in erster Linie ein anderes Verfahren in Frage kam, neben welchem unter Umständen auch eine Einrede gewährt werden konnte?

Bei dieser *exceptio epistulae divi Hadriani* wäre dann in der That die Wirkung der Klagenconsumtion mit weit mehr Recht in Erwägung zu ziehen als beim gewöhnlichen Verfahren. Sehr einfach erledigte sich diese Frage bei der Mandatsbürgschaft. Hier ist eine Consumtion von vornherein ausgeschlossen, da jeder Mandator aus einer selbständigen Obligation haftet, welche bis zur völligen Tilgung des ganzen Bürgschaftsanspruches ununterbrochen in Kraft bleibt. Grössere Schwierigkeiten begegnen uns bei der *fideiussio* während der Herrschaft des classischen Rechts.

Keller¹⁾ und mit ihm die herrschende Meinung hat sich dahin ausgesprochen, dass der Klagenconsumtion freier Lauf zu geben sei. „Die Vorschützung dieser *exceptio*,“ sagt er, „hat, wenn der Kläger es darauf ankommen liess und sie vom iudex begründet erfunden wurde, gänzliche Abweisung desselben zur Folge gehabt. Gaius IV, 123.“ Hiernach scheint

¹⁾ Litiscontestatio S. 569 Note 15.

Keller anzunehmen, dass dem Kläger, wenn sich die Einredethatsache als wahr erwies, nicht einmal derjenige Betrag zugesprochen wurde, welcher auf den Kopftheil des belangten Bürgen entfiel. Diese Consequenz, welche aus den allgemeinen Processgrundsätzen hergeleitet wird, ist aber ganz exorbitant hart und müsste dahin führen, die Regeln der *epistula Hadriani* für diesen Fall ganz umzustossen. Wir dürfen nicht ausser Acht lassen, dass die erwähnte *exceptio* sich doch genau ebenso auf das kaiserliche Gesetz stützte, wie das regelmässige Theilungsverfahren vor dem Prätor in iure. In erster Linie wird also darauf gesehen werden müssen, dass alle hier in Frage kommenden Wirkungen im Einklang stehen mit den Vorschriften der *epistula*.

Nach dem Wortlaut der *exceptio* hatte der *iudex* zu untersuchen, ob auch „*illi*“, d. h. die Mitbürgen, zahlungsfähig seien. Diese an ihn gestellte Anforderung setzt natürlich voraus, dass ihm in der *formula* die einzelnen in Frage kommenden *confideiussores* genannt werden, und zwar mit Namens Erwähnung, da ja sehr wohl der Fall eintreten konnte, dass sich nur ein Theil der *confideiussores* als solvent erwies und die Prüfung dieses Umstandes doch bei jedem einzelnen gesondert vorgenommen werden musste. Daraus ergab sich weiter, dass der Prätor, selbst wenn die Bürgschaft auf ein *certum* gerichtet war, unmöglich in der *formula* vorausbestimmen konnte, was in die *condemnatio* zu setzen sein werde. Letztere war mithin unter allen Umständen eine *incerta*. Weiter schliesst sich hieran die Frage, ob nicht durch diese Gestaltung der *condemnatio* auch die *intentio* beeinflusst wurde? Es ist eine Eigenthümlichkeit der *formula incerta*, dass in dem Satze: „*quidquid ob eam rem dare facere oportet*“ *condemnatio* und *intentio* ineinander fliessen, da hiermit sowohl die Rechtsbehauptung, als auch die Rechtsfolge ausgesprochen wird. Da nun im Falle der Vorschützung einer *exceptio divisionis* es dem Kläger von vornherein ebenso unbekannt ist wie dem Prätor, ob überhaupt und in welcher Weise eine Theilung des Anspruches stattfinden werde, so ist m. E. die Vorstellung durchaus natürlich, dass er unter allen Umständen ein *incertum* intendirte, dessen Umfang dann der *iudex* nach Prüfung aller einschlägigen Thatsachen in seiner *condemnatio* fest-

stellte. Die formula musste demnach ohne Rücksicht darauf, ob die Bürgschaft selbst auf ein certum oder incertum gerichtet war, sich folgendermassen gliedern:

E. R. A.: quod Numerius Negidius cum Seio et Maevio XXX M. S. (sive incertum) pro Titio apud Aulum Agerium fide sua esse iussit, si non et illi solvendo sint, quidquid paret ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere, condemna s. n. p. a.

Nach dem Wortlaute dieser formula bezog sich das desiderium des Klägers jedenfalls auf ein incertum, ein solches wurde auch in iudicium deducirt. Auch hier hatte sich der Gläubiger unter die Vorschrift der epistula zu beugen und von vornherein nur dasjenige zu intendiren, was sich in iudicio als Antheil des ausgeklagten Bürgen herausstellen werde. Dafür war er dann vor den Folgen der Klagenconsumtion geschützt und konnte die auf den zahlungsfähigen confideiussor entfallende Quote von diesen nachfordern. Nur musste er hier das Ende des Processes abwarten, während es ihm beim gewöhnlichen Verfahren freistand, bei einer auf certa pecunia gerichteten Bürgschaft die solventen confideiussores sogleich nach Abschluss des Verfahrens in iure und nach Theilung der Klage in Anspruch zu nehmen.

So kommen wir hier zum Schluss, dass die exceptio divisionis in ihren Wirkungen keine Abweichung von dem gewöhnlichen Theilungsverfahren in iure bedeutete, vielmehr lediglich dem ausgeklagten Bürgen eine Vergünstigung gewährte, indem er hierdurch die Möglichkeit gewann, einen in iure misslungenen oder nicht erbrachten Beweis in iudicio noch einmal zu versuchen.

Nach der von Keller vertretenen Auffassung konnte es auf Grund jener exceptio zu einer Theilung des Anspruches überhaupt niemals kommen. Unterlag der Beklagte mit seiner Einrede, so musste er unbestreitbar und in Uebereinstimmung mit den Regeln der epistula Hadriani alles zahlen, gelang ihm dagegen der Beweis, so verlor der Kläger seinen Anspruch und von einer Theilung war wegen eingetretener Klagenconsumtion keine Rede. Es ist hiernach überhaupt unerfindlich, weshalb dem Beklagten auferlegt wurde, die Solvenz seiner

Mitbürgen zu beweisen, da doch diese Thatsache nachher keinenfalls mehr ausgebeutet werden konnte und somit völlig bedeutungslos war. Die Solvenz der Mitbürgen stellt sich nach Keller als ein ausserhalb liegender Umstand dar, von dem in aleatorischer Weise die Entscheidung des Rechtsstreites zu Gunsten des Klägers oder Beklagten abhängig gemacht wurde. Angesichts dieser Auffassung ist doch wohl die Frage durchaus angemessen, wie die Würfel fielen, wenn sich ein Theil der vom Beklagten genannten Confideiussoren als zahlungsfähig erwies? Mit dieser Möglichkeit scheint man gar nicht gerechnet zu haben.

3. Schliesslich wäre hier noch eine Vergünstigung jedes einzelnen von mehreren Mitbürgen zu erwähnen, die zwar nicht unmittelbar aus der *epistula Hadriani* entsprang, wohl aber im Zusammenhang mit ihren Vorschriften stand. Zahlt nämlich der Bürge vor der *litiscontestatio*, ohne einen Anspruch auf das *auxilium divisionis* zu erheben, die ganze Bürgenschuld, so ist der Gläubiger verpflichtet, ihm die Theilklagen gegen die Mitbürgen abzutreten und zwar unter Zugrundelegung eines Forderungskaufes:

L. 17 Dig. de fidei. 46, 1 Iulianus: Fideiussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina; cf. damit auch L. 39 Dig. eod.

Durch diesen Act tritt dann der in Anspruch genommene Bürge seinen Confideiussoren gegenüber in die Stellung des Gläubigers ein. Auf ihn gehen daher nach den allgemeinen Regeln der Cession auch alle accessorischen Rechte der Forderungen über. L. 59 Dig. de fidei. 46, 1 und L. 11 Cod de fidei. 8, 40.

Es ist undenkbar, dass diese Bestimmung anders als im Hinblick auf das *auxilium divisionis* getroffen wurde¹⁾. Von den „nomina ceterorum fideiussorum“ vor Erlass der *epistula Hadriani* zu reden, wäre ganz unzulässig gewesen, weil dem früheren Rechte die Haftung mehrere Confideiussoren als eine unzerlegbare Gesamtverpflichtung erschien. Da dem be-

¹⁾ Mit dem späteren *benef. ced. act.* hat die *cit. lex* nichts gemein, sie enthält durchaus keinen Hinweis auf jenes, wie heute irrtümlich sehr oft gelehrt wird.

langten Bürgen nur die „nomina ceterorum“, nicht aber die auf ihn selbst entfallende Theilforderung verkauft waren, so erledigt sich damit auch die Frage, was der Bürge, welcher das Ganze gezahlt hatte, von seinen Mitbürgen beitreiben konnte. Es ist selbstverständlich, dass er nur für die von ihm gekauften Forderungen Zahlung verlangen durfte.

Der ausgeklagte Bürge verliert jeden Anspruch auf das *auxilium divisionis*, wenn er die übernommene Bürgenpflicht dolose ableugnet und dadurch den Process chikanös in die Länge zieht. L. 10 § 1 Dig. de fidei. et mand. 46, 1.

III.

Die Anwendung der Rechtswohlthat der Klagentheilung ist im heutigen Recht eine beschränkte. Die meisten Gesetzgebungen haben sich gegen die Aufnahme dieser Vergünstigung ausgesprochen¹⁾. Die Gründe hierfür lassen sich, sofern sie nicht schon in den Motiven der fraglichen Gesetze angegeben sind, unschwer erkennen. Man fand, dass die Klagentheilung eine ungebührliche Benachtheiligung des Gläubigers, eine ungerechtfertigte Verzögerung seiner Befriedigung mit sich bringe. Und in der That lässt sich nicht leugnen, dass die Prüfung der Zahlungsfähigkeit jedes einzelnen Bürgen heute auf geradezu unüberwindliche Schwierigkeiten stösst. Diesem Zwecke entsprach besonders gut das Verfahren in iure des römischen Processes, wo ein einflussreicher und verantwortungsfreier Beamter nach seinem schrankenlosen Ermessen verfuhr. Heute sind wir mit dem *auxilium divisionis* ganz auf den Einredeweg verwiesen, der in classischer Zeit nur ausnahmsweise eingeschlagen wurde. Da hiernach wegen der Schwierigkeit jenes Beweises die Einrede wohl nur in den allerseltensten Fällen zu einem Ziele führen dürfte, so fragt es sich, ob angesichts ihres problematischen Nutzens dem Gläubiger all jene Verzögerungen und Weiterungen aufzuerlegen sind, die das heutige Einredeverfahren im Gegensatz zur schnellen und

¹⁾ Allg. Landrecht §§ 373. 374. 378. Oesterr. bürgerl. Gesetzbuch § 1359. Sächs. bürgerl. Gesetzb. § 1458. Allg. deutsches Handelsges.-Buch Art. 281. Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. für das Königreich Bayern Art. 873. Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. f. d. deutsche Reich Art. 673.

exacten Klagentheilung durch den Prätor in iure mit sich bringt. Es hat also die mit dem *auxilium divisionis* verbundene Nothwendigkeit, die Solvenz der Mitbürgen in Erweis zu stellen, dahin geführt, das ganze Institut zu discreditiren. Schon Justinian verhielt sich, wie wir gesehen haben, diesem Requisite gegenüber skeptisch. — Allein, wenn wir heute auch nicht mehr wie früher regelmässig den Prätor anrufen können, damit er die Theilung vornehme und den ausserordentlichen Weg der alten *exceptio* nicht mehr einschlagen mögen, so gestatten uns die Quellen immerhin noch eine Anwendung des *auxilium divisionis*, bei welcher zugleich die gerügten Nachtheile vermieden werden. — Es ist dieses der bereits vorhin besprochene, von Ulpian in L. 10 pr. Dig. de fidei. 46, 1 erwähnte Modus. Darnach empfiehlt sich folgendes Verfahren: Der ausgeklagte Bürge hat, wenn er die Rechtswohlthat der Klagentheilung für sich in Anspruch nehmen will, zunächst den Beweis zu erbringen, dass er Mitbürgen habe und dass sie im Sinne des heutigen Processrechtes anwesend seien. Die Feststellung dieser Thatsachen ist mit keinerlei Schwierigkeiten verbunden und kann eine unangemessene Verzögerung niemals herbeiführen. Ist jener Beweis gelungen, so hat der Beklagte dann die Solvenz seiner Mitbürgen nicht mehr darzuthun, vielmehr wird die Theilung des Anspruches sofort vorgenommen, wofern der Beklagte für die auf seine Mitbürgen entfallenden Quoten eine entsprechende Caution hinterlegt. Bei diesem Verfahren sind die berechtigten Ansprüche des Gläubigers ausreichend berücksichtigt und ihm eine allendliche Befriedigung ohne erhebliche Verzögerung gesichert. Andererseits wird auch der ausgeklagte Bürge es regelmässig vorziehen, durch Cautionsbestellung den ganzen Anspruch des Klägers vorläufig von sich abzuwenden und letzterem die Processführung mit den Mitbürgen zu überlassen, anstatt diese Last sich aufzubürden und nach definitiver Befriedigung des Gläubigers gegen die einzelnen Mitbürgen mit der *actio cessa* zu verfahren.

Während also die meisten heutigen Gesetzgebungen darin viel zu weit gehen, dass sie die Klagentheilung in keiner Gestalt mehr zulassen und damit fraglos die Billigkeit verletzen, die wir heute mit Vorliebe im Bürgenverhältniss walten lassen,

ist man in einigen Rechtsgebieten in den Fehler verfallen, die altrömische exceptio divisionis schlechtweg zu recipiren¹⁾. Hierdurch ist ein fürs praktische Leben abgestorbenes Institut wieder künstlich galvanisirt worden, welches in jener Fassung nicht nur ganz unzeitgemäss ist, sondern auch nach classischem römischem Recht nur ausnahmsweise neben einem anderen Verfahren zur Anwendung gelangte, dessen grosse Vorzüge wir leider nicht mehr verwerthen können.

Die offensichtlichen Nachtheile dieser exceptio haben dazu geführt, dass man sich heute durch Verträge regelmässig im Voraus ihren Wirkungen zu entziehen sucht.

Aus diesem Grunde glaube ich, dass jenes von mir empfohlene Verfahren die richtigen Schranken festsetzt, innerhalb deren eine Reception des auxilium divisionis im heutigen Rechtsleben nicht nur möglich, sondern sogar wünschenswerth ist, zumal hiermit die Einseitigkeiten, welche in der modernen Gesetzgebung zu Tage treten, vermieden werden.

¹⁾ Code civil Art. 2026. Badisches Landrecht Art. 2026. Liv. Est. und Kurländisches Privatrecht Art. 3350 und 4524 u. ff.

Miscellen.

Was Ludwig Zdekauer in seinem *discorso su l'origine del manoscritto pisano delle pandette giustinianee e la sua fortuna nel medio evo* (Siena 1890 pp. 38) an thatsächlich Neuem über die Florentiner Pandektenhandschrift beibringt, besteht in dem Bericht über die Reste zweier auf der Vorderseite des Schlussblattes einst befindlichen später getilgten Subscriptionen. Von der ersten, die er dem Schreiber des Codex selbst beilegt, hat er nichts wahrnehmen können, als dass sie lateinisch war und am Schluss der vierten Zeile ein unciales *o* übrig geblieben ist. Die zweite soll herrühren von einer Hand des neunten oder spätestens des zehnten Jahrhunderts, und zwar *di notaro del territorio langobardo-tosco*. Zdekauer liest *i[ste est] lib[er]* und nach einer Lücke von etwa 12 Buchstaben, von denen der vierte und der zehnte einen langen Schaft zeigen, das Wort *quidem*; das folgende ist abgeschnitten. — Von diesen Angaben, deren Richtigkeit vorausgesetzt, trägt die erste für die Geschichte der Handschrift nichts aus; so gut wie der Schreiber unter die Constitution *deo auctore* sein *lege feliciter* setzte, kann er am Schluss einen anderen lateinischen Vermerk angebracht haben. Aus der zweiten würde sich ergeben, dass die Handschrift im neunten Jahrhundert sich in Nord- oder Mittelitalien befunden hat, was sehr wohl der Fall gewesen sein kann, aber über den Ursprung der Handschrift nicht entscheidet. Was ich über diesen in der Vorrede meiner grösseren Ausgabe p. XXXVIII bemerkt habe, bleibt in vollem Umfang bestehen. Einen griechischen Schreiber fordert die Unterschrift unter dem 11. Buch: *εὐτυχῶς τῷ γράψαντι τοῦτο τὸ βιβλίον feliciter*; wenn der Abschreiber eines in der Hauptsache lateinischen Werkes sich bei seinen Vermerken theils des Lateinischen, theils des Griechischen bedient, so erklärt sich jenes aus der Beschaffenheit der ihm gestellten Aufgabe, dieses aber gestattet einen Schluss auf seine Persönlichkeit. Dasselbe folgt aus zahlreichen kleinen Schreiberversehen, zum Beispiel, wie dies a. a. O. nachgewiesen ist, aus dem zweiundzwanzigmal für u gesetzten ou. Alles dies wird von Zdekauer nicht bestritten, sondern verschwiegen, während er wegen meiner Bemerkung, dass der Ort, an dem die Abschrift genommen sei, sich nicht weiter

bestimmen lasse, mir *noncuranza* vorwirft. Diesen Vorwurf wird man gegen ihn allerdings nicht erheben können; aber eine Frage, die nicht gelöst werden kann, scheinhaft und falsch zu lösen ist ein sehr zweifelhaftes Verdienst. Die sogenannten Beweise, die für Entstehung der Handschrift in Ravenna beigebracht werden, sind so windig und nichtig, dass es nicht der Mühe lohnt, auf dieselben im einzelnen einzugehen. Sollte dieses Urtheil bestritten werden, so wird der Beweis nachgeliefert.

Th. Mommsen.

Nachtrag.

Auf meine Anfrage wegen der Rasur auf dem letzten Blatte der Florentina antwortet Dr. Ihm in Florenz:

„Die Pandektenhandschrift hat allerdings eine getilgte Subscriptio, die Angaben Zdekauers sind im ganzen richtig. Sie mag im 9. oder 10. saec. geschrieben sein. Ich konnte folgendes erkennen:


vielleicht
bes

Der erste Buchstabe schien mir h sein zu können; hic est z. B. würde mit den Raumverhältnissen passen. Darunter nicht lesbare Spuren einer zweiten Zeile, der Rest des Blattes abgeschnitten.“

Th. Mommsen.

[**Pamphyllische Inschriften.**] Durch die von dem Grafen Lanckoronski bewirkten Explorationsreisen sind in der schönen Publication von Neumann und Petersen (Städte Pamphyliens und Pisidiens. Bd. 1. Wien 1890, S. 175 f.) einige Inschriften der kleinen Ortschaft Sillyon, im pamphyllischen Binnenland zwischen Adalia und Side gelegen, zum Vorschein gekommen, von welchen die römische Rechtsforschung Kenntniss zu nehmen hat. Vier auf dieselbe reiche Dame, Menodora des Megakles Tochter, bezügliche Ehrenbasen, ohne nähere Zeitkriterien, aber sicher aus guter Kaiserzeit, ergeben eine eigenthümliche Gliederung der Einwohnerschaft dieses Städtchens. Die gute Bürgerschaft wird hier in drei Kategorien getheilt, in Mitglieder des Rathes (*βουλευται*), Mitglieder der Gerusia (*γεραιοί* statt des üblichen *γερονσιασται*, wie C. I. Gr. 3916) und Mitglieder der Bürgerversammlung (*ἐκκλησιασται*), welche drei Kategorien im Range nicht gleich, aber sich sehr nahe stehen: bei den öffentlichen Vertheilungen erhalten sie einmal 88 — 84 — 78, ein anderes Mal 83 — 80 — 78, ein drittes Mal 20 — 18 — 18 Denare. Die zweite Kategorie bilden die Gemeindebürger schlechtweg (*πολίται*); sie empfangen bei der zweiten der bezeichneten Ver-

theilungen 9, bei der dritten 2 Denare, also ungefähr den zehnten Theil der der besseren Classe zugewandten Spende. Die dritte Kategorie endlich bilden die meistens wieder in zwei Kategorien, *οὐνδιχταριοι* und *ἀπελεύθεροι*, geschiedenen Freigelassenen und die *incolae* (*παροικοί*), welche drei Abtheilungen bei den Spenden gleich behandelt werden: sie empfangen bei der ersten jener drei Spenden 4, bei der zweiten 3, bei der dritten 1 Denar; also ungefähr die Hälfte dessen, was dem gemeinen Bürger gegeben wird. — Gleichartige Kategorien kann ich sonst nicht nachweisen, aber sie haben sicher nicht bloss in jener kleinen Landstadt bestanden und es ist wohl möglich, dass davon noch weitere Spuren irgendwo sich verbergen. Der Gegensatz der Bule und der Gerusia in der kleinasiatischen Städteordnung und die geringe Rangverschiedenheit zwischen beiden städtischen Vertretungen sind anderweitig bekannt; aber neu ist die dritte beiden nahestehende Classe, die gleichfalls auf die angeseheneren Bürger beschränkte Ekklesia. Wenn in der Kaiserzeit die allgemeinen Comitien der Republik auch im Municipalwesen beseitigt worden sind, so ist bisher immer angenommen worden, dass dem Ordo die letzte Entscheidung beigelegt und den Comitien bei den Gemeindebeschlüssen höchstens eine formelle Mitwirkung geblieben ist; hier erkennen wir, dass noch ein anderer Weg daneben zu demselben Ziel geführt hat. — Auch der Gegensatz des 'Bürgers' und des Freigelassenen ist bemerkenswerth, obwohl begreiflich infolge der bekannten Thatsache, dass den letzteren schon in der späteren Republik das Stimmrecht und also das volle Bürgerrecht gemangelt hat. Der völlig neue Gegensatz¹⁾ zwischen dem *vindictarius* und dem Freigelassenen schlechtweg dürfte zu verstehen sein von dem nach römischem Recht Freigelassenen und dem Freigelassenen peregrinischen Rechts. In dieser Peregrinenstadt müssen die letzteren überwogen haben; aber da auch in ihr wie überall einzelne Familien römisches Bürgerrecht gehabt haben werden, so werden Freigelassene römischen Rechts daselbst auch vorgekommen sein.

Th. Mommsen.

[Römisches Recht in Thüringen um 1300.] Als Band XXIII^a der „Geschichtsquellen der Provinz Sachsen“ erschien Ende 1889 vom Stadtarchivar Dr. Carl Beyer in Erfurt bearbeitet der 1. Theil eines „Erfurter Urkundenbuches“, dessen einzelne Stücke bis auf das Jahr 1320 herabgehen. In meiner früheren Eigenschaft als Schriftführer der Historischen Commission der Provinz Sachsen hatte ich Veranlassung, den Herrn Herausgeber darauf aufmerksam zu machen, dass in einzelnen Ur-

¹⁾ Der Herausgeber vergleicht die Glosse bei Suidas: *οὐνδιχτος ὁ κατὰ οὐνδιχτον ἐλευθερούμενος*. Aber darin steckt wohl der livianische Vindicius.

kunden auffällig frühzeitige Beziehungen auf römisch-rechtliche Verhältnisse auftauchen; dieser Anregung ist nunmehr auch durch eine Bemerkung auf S. XIV der Vorrede, sowie im Wortregister durch Auf-führung der Stichworte „*constitutio divi Atriani*“ und „*lex Vellegiana*“ Ausdruck gegeben worden, doch dürfte es sich immerhin empfehlen, die so gekennzeichneten Urkunden mit einigen anderen, die in weniger hervorstechender Weise auf die Geltung und Anwendung römisch-rechtlicher Grundsätze im damaligen Geschäftsleben hinweisen, hier insbesondere zusammenzustellen.

Die in Betracht kommenden Stücke sind einmal Nr. 461 vom 20. September 1297, wo bei einer Güterübereignung eine mit ihrem Manne urkundende Frau Irmgart von Vargula zuerst für sich auf das Beneficium des „*Velliani senatusconsulto*“ (!) und „*iuris ypothecarum*“ verzichtet, so-dann aber mit dem Gemahle und anderen Verwandten desselben er-klärt: *renunciamus salva priori renunciatione ipsius Irmegardis in pri-mis beneficio constitutionis epistole divi Atriani, item beneficio con-ditionis sine causa, actioni in factum, exceptioni doli mali, beneficio conditionis incerti, beneficio cuiuslibet fori, beneficio quanto minoris, beneficio restitutionis in integrum, exceptionibus, consuetudinibus, ap-pellationibus et generaliter et specialiter omni beneficio et auxilio legis et canonis, iuris et facti, per quem seu per quod presens contractus in toto vel in parte posset viciari vel aliqualiter retractari. Sodann ver-pflichtet sich in Nr. 532 am 10. März 1307 der Burggraf Otto von Kirch-berg nebst seinen Söhnen nach Beendigung eines Streites mit Erfurt, von allen Ausreden, durch die der eben geschlossene Vergleich wieder vernichtet werden könne, absehen zu wollen, in Sonderheit vom „bene-ficio restitutionis in integrum, actioni in factum, doli mali, conditioni indebiti, conditioni ob causam et conditioni ob turpem causam, et generaliter omnibus iuribus et iuris beneficio, quibus — premissa — infirmari, retardari, vitiari possent in posterum vel rescindi.“ Die aus-drückliche Erwähnung des *Senatusconsultum Velleianum* findet sich hierauf am 15. Mai 1308 in Nr. 544, wo eine Frau Irmentrud von Klee-berg als Vormünderin ihres Neffen mit den Worten urkundet: *super hac mea obligatione abrenuncio beneficio legis Vallegiane, qua cavetur mulierem non posse pro aliquo intercedere et omni alii iuris beneficio canonici vel civilis, quo — obligatio posset rescindi seu — infirmari*“. — Kürzer, aber ebenso schlagend heisst es alsdann in Nr. 554 vom 1. December 1309 bei Gelegenheit der lehnsherrlichen Bestätigung der Schenkung eines Lehnsgutes seitens eines Erfurter Bürgers an das Peters-kloster: „*tradimus per presentes, renunciantes omni exceptioni omnique iuris beneficio tam canonici quam civilis, per que praedicta donacio — possit inpediri aliquatenus vel rescindi*“. Ebenso bekennt am 22. Juni 1312 (Nr. 568) Gertrud, die Gemahlin des Ritters Ulrich von Kobstedt, bei dem Verzichte auf ihre Rechte auf einen an zwei Geistliche ver-kaufte Hof: *iuravi ad sancta sanctorum me nunquam velle — im-plorare beneficium legis Valleyane, que in favorem mulierum est in-ducta*“. Ferner liegt in Nr. 576 vom 28. Juni 1314 ein Zeugniß des*

Dechanten des Erfurter Marienstiftes über den Verkauf verschiedener Zinsen, die eine Reihe Erfurter Bürger vom Mainzer Erzbischofe innehatten, vor, wobei letztere sich der „*exceptioni sibi non dati, non soluti et non numerati precii, exceptioni doli mali, actioni in factum et universaliter omni exceptioni legis vel canonis, et specialiter legi, qua cavetur renunciationem generalem esse invalidam, per quam dicti contractus possent — vitiari seu rescindi*“ entschlagen. Aehnlich wird in Nr. 578 vom März oder April 1315 durch den Erfurter Stadtrath bekundet, dass der Ritter Heinrich von Monra mit Frau und Kindern einem dem geistlichen Stande angehörigen Sohne das Verfügungsrecht über sein Erbe eingeräumt hätten, indem sie „*renunciaverunt — restitutioni in integrum, appellationibus, supplicationibus, privilegio dotis, actioni facti et in factum, exceptioni doli mali et iuri dicenti: generalem renunciationem non valere, et generaliter omni auxilio legis et canonis, iuris et facti, per que premissa — possent impediri — vel rescindi*“. Zuletzt wird in Nr. 583 vom 3. September 1315 bei der Uebereignung einiger Grundstücke seitens der Grafen von Schwarzburg an die Kirche eines bei Erfurt gelegenen Dorfes die Clausel eingeflochten: *renunciamus — omni privilegio, rescripto, statuto, consuetudinibus, exceptionibus, appellationibus, ac omni beneficio legis sive canonis, per quod — donacio — infirmari, viciari, retardari posset — vel rescindi*.

Es liegt auf der Hand, dass die Entwürfe zu diesen Urkunden nur aus einer Feder geflossen sein können, wenn Aussteller und Empfänger auch noch so verschiedenen Kreisen angehörten; vielleicht wird man nicht irre gehen, wenn man den Verfasser unter der Erfurter Geistlichkeit sucht, und nach dieser Richtung möchte nicht zu übersehen sein, dass gerade in der Zeit von 1296 bis 1309 drei Mal — in Nr. 445, 454 und 551 — ein Günther von Kerspleben als Notar der Erfurter Dompropstei oder des damaligen Propstes Lambert aus dem Geschlechte der Grafen von Gleichen vorkommt. So interessant es alsdann auch wäre, in ihm den Mann zu erblicken, der zuerst römisch-rechtlichen Anschauungen in thüringischen Urkunden Eingang verschafft hatte, so kann freilich die Art und Weise, wie er sich in den neuen Formen bewegt, uns keine allzu grosse Achtung vor seinen Kenntnissen in denselben abnöthigen.

Kiel.

W. Schum.

In den folgenden kirchenpolitischen Schriften und Canonensammlungen des 11. und 12. Jahrhunderts findet sich römisches Recht.

1) In dem *Liber contra eos qui dicunt regali potestati Christi ecclesiam subiacere* des Anselm von Lucca (ed. MG. SS. XII, 5). Es ist hier (a. a. O. XII, 8) unter der Rubrik *Ex Romanis legibus* die auch bei Deusdedit *Libell. contra invas. et simon. et reliqu. schismat.* aufgenommene Partie einer Decretale Johannes VIII mit Texten des Codex

Theodosianus aufgenommen (vgl. *Gesch. d. Quell. u. Lit. d. röm. R. i. früh. Mittelalt.* I, 93 Not. 1). Diese Zusammenstellung findet sich auch sonst, z. B. in der Schrift Anselms *Contra Wibertum* (ed. Canisius *Thes. Monum. Eccl.* [ed. Basnage] III, 372 sqq.), in dem *Liber de aedif. Dei* des Gerhoh von Reichersperg (ed. Pez [*Thes.* II, 2 p. 409]).

2) In der zwischen 1085 und 1086 verfassten Schrift *Ad amicum* des Bischofs Bonitho (ed. Jaffé, *Bibl. Rer. German.* II, 603 sqq.). Hier finden sich im zweiten Buche (a. a. O. II, 612. 613) Codextexte (1, 3, 10; 1, 1, 8).

3) In dem Decret genannten Werke desselben Verfassers, das bisher nur bruchstückweise gedruckt ist (ed. [A. Mai] *Patrum Nov. Bibl.* VII, 3 p. 1 sqq.). Ausser der bekannten und mehrfach gedruckten *Notitia de diversis iudicum generibus* (vgl. z. B. *MG. LL.* IV, 663) finden sich auch sonst Hinweise auf das römische Recht (N. 131. 132. 143. a. a. O. p. 60. 61. 66).

4) In einer im Jahre 1112 im Interesse der Curie in Sachen des Investiturstreits verfassten Streitschrift (ed. Schum, *Jahrb. d. Kgl. Akad. gemeinn. Wiss. zu Erfurt.* N. F. H. VIII, 257—278). Der Verfasser citirt insbesondere aus den Pandekten und der *Epitome Iuliani* (ex *legibus Iustiniani*) (vgl. a. a. O. VIII, 249—252).

5) In dem *Liber de honore* des Placidus von Nonantula (ed. Pez [*Thes.* II, 2, 75 sqq.]). Die Abfassung dieser Schrift fällt gleichfalls in die Zeit des Investiturstreits. Die Schrift enthält neben einem Text aus der *Const. Sirm.* 1 (Cap. CLV) eine grössere Zahl von Capiteln aus der *Epitome Iuliani* (Capp. CLVII—CLXV [CLXVI?]).

6) Die folgenden Handschriften enthalten Canonensammlungen mit römischem Recht:

- a) Cod. R 127 der Nationalbibliothek in Madrid S. XII. XIII; vgl. *Wien. Sitz.-Ber.* CXIII, 263. 264. Es ist hier erwähnt, dass nach den Aufschriften als Quellen benutzt sind: *Liber Pandectarum*, *Novellarum institutio*, *Liber codicum*, *Cap. constitutionum*.
- b) Cod. E 44 der Nationalbibliothek zu Turin: vgl. v. Pflugk-Harttung, *Iter Ital.* p. 793—797. Die Handschrift enthält eine weitgehende Fälschung im Stile Pseudo-Isidors (vgl. *Zeitschr. f. Kirchenr.* 19, 361 ff.), an welcher von dem Ende des 12. bis in den Anfang des 13. Jahrhunderts gearbeitet worden ist. Benutzt sind auch Texte aus dem justinianischen Recht (sub N. 20^b, 66^b, 67).
- c) Auch eine vorgratianische Canonensammlung in Cod. 227 S. XII der früheren Bibliothek des Sacro Convento di St. Francesco in Assisi, über welche Ehrle, *Arch. f. Lit. u. Kircheng. d. Mittelalt.* I, 477, berichtet, dürfte römisches Recht enthalten, nach den Capitelrubriken zu schliessen (Ehrle selbst giebt unter den spärlichen Quellenangaben das römische Recht nicht an).

[**Pandekten bei Anselm von Lucca.**] Es ist bisher übersehen, dass die Canonensammlung Anselms (X, 30), deren Abfassung noch unter Gregor VII. fällt, im Cod. S. German. 939^a (nach dem Apograph, Cod. Lips. 3528), ingleichen im Cod. Vatic. 4983, unter der Rubrik *Ex legibus* einen Pandektentext birgt (23, 2, 2). Die Zugehörigkeit des Textes zur ursprünglichen Sammlung unterliegt freilich, wie die verschiedener anderer Texte römischen Rechts (vgl. Maassen, Wien. Sitz.-Ber. XXXV, 91 Not. 4), ernststen Bedenken. Er fehlt im Cod. Vatic. 1364.

Amsterdam.

Max Conrat (Cohn).

[**Il MS. Torinese delle Istituzioni.**] Per mezzo di una nuova indagine sul MS. Torinese delle Istituzioni (Bibl. Nazionale D. III, 13) mi è stato possibile decifrare sul f. 89^a una glossa, sconosciuta al Savigny forse perchè il colore dell' inchiostro è quasi svanito, che è di molto interesse storico. Essa proviene da una mano del secolo XI¹⁾, ed è apposta alla parola *dampnum*. Inst. III, 24 §° 3 in fine: essa è formulata come segue;

Dampnum ÷ (est) amissio rei nostrae sine compensatione alterius.

È la stessa definizione, che cominciava fino ad oggi a trovarsi nella *Expositio libri papiensis* (Karol. M. 101, 3), dall' espositore erroneamente attribuita al Digesto, e che poi passava nelle seguenti scritture — *Expos. termin. usit.* 56. 57 — *Lib. de Ver. leg.* 62 — *Glo. di Colonia* alle Ist. n° 43 — *Excerpta* dal MS. Parig. delle Ist. Bibl. nat. latin. 4421 n° 34 (Flach — *Étud. crit. sur l'hist. d. D. R. au Moyen Age* p. 139) — *Distinzioni* di Ugo MS. Parig. 4603 ed. Savigny u. 87 — anche invertita per spiegare la voce *lucrum*. Si comprende quindi che all' espositore del libro pavese è pervenuta quella definizione dalle scuole romanistiche, giacchè precedentemente la troviamo nella *Glossa Torinese*. Inoltre trovandosi tale definizione nei MSS. dei testi giustinianeî sotto forma di glossa, considero come certa l'ipotesi del Boretius (*Praef. ad lib. Pap. LXXXIX M. G. Leges IV*) che l'espositore avesse dinanzi agli occhi un MS. glossato del Digesto, e forse con molte glosse, e che quindi potesse confondere il testo colla glossa riferendo al Digesto la definizione del *dampnum*.

La seconda osservazione, che ho fatta insieme col. Sig. Prof. L. Zdekauer sulla *Glossa Torinese*, è che vi sono comprese alcune glosse di scrittura del secolo XI, non pubblicate dal Savigny, le quali contengono alcune espressioni caratteristiche della scuola di Pavia. Scelgo gli esempi seguenti;

¹⁾ Si osservi poi che il MS. proviene da un exemplare più antico, anche per ciò che riguarda la *Glossa*.

- f. 62¹ Inst. lib. III, 2 § 37 v. Nos
 vero legem Nota Capud¹).
 f. 63¹ Inst. III, 2 § 4 v. fratris filius set hoc rumpitur.
 f. 83¹ Inst. III, 19 § 13 v. Post
 mortem suam male est factum. non est
 caput capituli.

Anche il fatto stesso che la glo. 423 ed. Krüger (Zeitschr. f. RG. VII, 1 p. 76) si riferisce alle formule *complevi et absolvi* proprie della carta romana, accenna ad origine non romana, anzi longobardistica delle chiosa, se si credeva necessario dare una illustrazione su cosa che ad una scuola romanistica non occorreva. Del resto anche la seguente considerazione convince che il MS. del quale parliamo è passato almeno per due distinte scuole.

Questa considerazione, che io faceva insieme col. Sig. Prof. Zdekauer sopra questo importantissimo MS., è la seguente. Nell' antico MS. delle Istituzioni si osservano due segni differenti per dividere il testo, cioè il segno del paragrafo e il segno del capitolo K. Il segno del paragrafo è inserito nel testo, mentre la lettera K si trova sempre nell' interlinea. Che questa lettera K significhi *kapitulum* è evidente di per se, e trova conferma nelle parole della riferita glossa

male est factum. non est caput capituli.

Questa glossa nello stesso tempo c' insegna, che sono due cose assolutamente differenti la divisione in paragrafi, e la divisione in capitoli²). L'errore dello scrivano al luogo cui si riferisce la glossa si spiega bene col fatto che in questo punto era apposto il paragrafo, che divide ancora il testo. La divisione in capitoli è più recente di quella in paragrafi, la quale è già inserita nel testo, mentre la prima è nell' interlinea. E questa divisione in capitoli era quella cui era informata la scuola donde proviene la detta glossa, la quale corregge secondo un testo diviso in capitoli. Che questa divisione era un prodotto della scuola, si rileva dal fatto, che al K interlineare corrisponde in margine nella riga sottostante il segno di un E, che invita il lettore a fermarsi (*explicit?*). Quindi si può concludere che la creazione della divisione in paragrafi è opera di una scuola differente da quella che ci dà la divisione per capitoli. La prima è evidentemente più antica, e quindi romanistica, mentre l'altra accenna ad una scuola più recente, la quale come abbiamo accennato di sopra ha tutti i contrassegni di una scuola longobardistica.

Una riprova di questo svolgimento storico della duplice divisione si ha nei primi nove fogli del MS. che sono, come è noto, di mano più recente. Difatti la lettera K dall' interlinea è passata nel testo, e coesiste col paragrafo, al quale talvolta corrisponde, tal' altra no. La duplice e distinta origine delle divisioni, e l'essere più recente la divi-

¹) Glo. n. 252 ed. Krüger. Zeitschr. f. RG. VII p. 67. — ²) Quanto alla divisione in capitoli delle Istituzioni molti esempi sono stati raccolti dal Sig. Prof. Fitting (Zeitschr. d. Sav.-Stift. f. RG. IX, 3 p. 374 seg.).

sione per capitoli, sono cose attestate dal fatto, che la const. *Imperatoriam maiestatem*, e il titolo *De iustitia et iure* conoscono soltanto la divisione per paragrafi, mentre il primo *kapitulum* comincia nel titolo secondo colle parole *Ius autem civile vel gentium*. Anche il segno marginale che nel testo più antico corrispondeva al K interlineare, ha presa una forma più recente che lo avvicina ad un s (f). Si noti amera, tornando a parlare del vecchio testo, che frequenti sono i richiami cui non corrisponde alcuna glossa: tal fatto prova che nel MS. archetipo esisteva una glossa più ricca; quindi questa scelta dimostra un lavoro critico, e però l'opera di una scuola.

AmMESSO come vero ciò che è stato esposto, la glossa Torinese avrebbe seguita la medesima sorte incontrata dalle *Exceptiones Legum Romanorum* che passano da Ravenna¹⁾ a Pavia per essere nuovamente elaborate.

Pistoia.

Luigi Chiappelli.

¹⁾ Si noti che il testo più antico della Glossa Torinese riporta le parole greche sebbene storpiate e malintese, e quindi era più vicino al luogo di origine ove s'intendeva il greco, mentre il testo più recente omette le parole greche.

Litteratur.

A. Schneider. Der Process des C. Rabirius. Zürich, Friedrich Schulthess 1889. 50 S.

Die Auffassung Schneiders über den Gang des Processes geht kurz dahin, dass Rabirius zweimal wegen perduellio angeklagt wurde. In dem ersten Process wurde Rabirius nach seiner Verurtheilung durch die duumviri perduellionis, welche der Prätor auf Senatsbeschluss ernannt hatte, von den Comitien freigesprochen. Hierauf erneuerte der Volkstribun Labienus die Anklage wegen perduellio vor den Centuriatcomitien, in welchen er selbst den Vorsitz führte. Die Verurtheilung vereitelte der Prätor Metellus, indem er die Auflösung der Volksversammlung durch eigenhändiges Niederreißen der Fahne auf dem Janiculum erzwang. Der Referent hat sich von der Richtigkeit dieser Construction nicht überzeugen können. Die That des Metellus kann nach dem Zusammenhang der Diostelle (37, 26—28) nur auf den Process der Duumvirn bezogen werden. Dies beweisen besonders die Worte *ὅτι παρὰ τὰ νενομισμένα ἢ κρίσις ἐγγύοντι*, welche deutlich anspielen auf die früher gemeldete Bestellung der duumviri durch den Prätor: *καίτοι μὴ πρὸς τοῦ δήμου κατὰ τὰ πάτρια, ἀλλὰ πρὸς αὐτοῦ τοῦ στρατηγοῦ οὐκ ἐξὸν αἰρεθέντες*. Welche Gesetzesverletzung Labienus durch seine Anklage begangen haben soll, ist unerfindlich. Nicht minder unverständlich ist es, was Dio bewogen haben sollte, den Anfang des ersten Processes in dieser Weise mit dem Ende des zweiten zu verkoppeln. Wenn den zuletzt angeführten Worten Dios der Sinn beigelegt wird (S. 9): „Sonst sind unsere Magistrate vom Volk gewählt, diese aber sind es nicht“, so scheint uns diese Interpretation sich zu weit vom klaren Wortlaut zu entfernen. Vielmehr bleibt die alte Ansicht, dass die duumviri perduellionis regelmässig durch Volkswahl bestellt wurden, und dass also im Fall des Rabirius ein besonderer Volksbeschluss dem Prätor die Wahl übertragen haben wird, unerschüttert.

Seit Niebuhr war man gewohnt, aus den Worten der Rede pro Rabirio III, 8: nam quid ego ad id longam orationem comparem, quod

est in eadem multae irrogatione perscriptum, hunc nec suae nec alienae pudicitiae pepercisse? zu schliessen, dass Cicero seine Rede in einem Multprocess gehalten. Um diesen zwingenden Schluss zu beseitigen, stellt Schneider (S. 25) folgende Erklärung auf: „Mir scheint, dass Cicero auch hier von einem wirklichen Strafantrag auf Fällung einer Busse nicht spricht, dass vielmehr der Ausdruck bildlich gebraucht ist, etwa wie wir sagen „in einem Athemzuge“ oder um im Bilde zu bleiben: auf einem Bussenzeddel.“ Ich glaube nicht, dass diese Auffassung viele Freunde finden wird. Die Unmöglichkeit, dass die Rede pro Rabirio in einem Multprocess gehalten wurde, will Schneider aus einer Reihe von Stellen (zusammengestellt S. 29) herleiten, wonach die Verurtheilung den Rabirius in die Verbannung getrieben hätte. Denn, wie es weiter heisst (S. 30), bei einer Mult „ist von der Strafe des Exils nirgends die Rede.“ Dagegen ist zu erinnern, dass das Exil als Strafe kein römischer Rechtsbegriff ist: der Angeklagte geht vielmehr freiwillig in die Verbannung, um den Folgen einer drohenden oder erfolgten Verurtheilung zu entgehen. Vgl. die schöne Darlegung Mommsens im Staatsrecht III S. 48 f. Ausserdem beziehen sich einige der von Schneider angeführten Aeusserungen Ciceros IX, 26—28 nach dem Zusammenhang der Rede offenbar auf den vorangegangenen Perduellionsprocess. Auch als indirecte Folge einer Mult will Schneider die Verbannung nicht gelten lassen: die Mult sei gesetzlich beschränkt gewesen, so dass sie immer den Charakter einer Vermögensstrafe behielt. Demgegenüber wollen wir erinnern, dass Mommsen, Staatsrecht I S. 159, für die spätere Zeit der Republik neben der (provocationsfreien) beschränkten Mult eine unbeschränkte, der Provocation unterworfen annimmt. Endlich will ich noch darauf hinweisen, dass die Leitung der Centuriatcomitien durch einen Volkstribun bei einem Perduellionsprocess äusserst unsicher ist (die Leitung der Comitien wird man aus Livius 43, 16, 16 nicht folgern dürfen). Dagegen führt der Multprocess nothwendig zur Verhandlung vor den Tributcomitien, deren Leitung dem Tribunen natürlich zusteht.

Heidelberg, im October 1889.

A. v. Tuhr.

M. Voigt, Ueber die Bankiers, die Buchführung und die Literalobligation der Römer. Leipzig 1887. (Abhandlungen der philologisch-historischen Classe der Kgl. sächs. Gesellschaft der Wissenschaften Nr. VII.) 4°. 65 SS.

Der Literalcontract, und was damit zusammenhängt, gehört zu den verhängnissvollen Gebieten der römischen Rechtsgeschichte, welche immer wieder neue Untersuchungen veranlassen, weil die Fälle des überlieferten Stoffes stets aufs neue den Gedanken nahe legt, durch

richtige Gruppierung und Beleuchtung müsse Aufklärung erzielbar sein. Und doch werden jene Fragen immer wieder als in wesentlichen Stücken unaufklärbar zur Seite gelegt werden müssen, so lange nicht neues Material entscheidende Aufschlüsse giebt. Diese wenn man will pessimistische Meinung wird durch die Voigtsche Arbeit nicht widerlegt, sondern bestärkt. Die Prüfung des Materials, welches der gelehrte Verfasser mit gewohnter Gründlichkeit zusammengestellt hat, führt m. E. den unbefangenen Betrachter zu der Ueberzeugung, dass die Kellerschen Ausführungen (Sells Jahrb. I 93 ff., Institutionen 102 ff.), obwohl keineswegs über Bedenken erhaben, doch noch immer das Plausibelste sind, was über den Gegenstand geschrieben ist. Die davon abweichenden Resultate der Voigtschen Schrift halte ich für entschieden unrichtig. Es sei hier die persönliche Bemerkung gestattet, dass die Verzögerung dieser Besprechung zum Theil dadurch veranlasst ist, dass Referent die Hoffnung hegte, eine wiederholte Prüfung der Voigtschen Argumente und des bei Voigt nicht gerade übersichtlich zusammengestellten Materials werde ihn eines anderen überführen. Diese Hoffnung hat sich nicht erfüllt; vielmehr hat die erneute Prüfung den vorigen Eindruck verstärkt. Die Nothwendigkeit eines entschiedenen Protestes gegen Voigts Hypothesen ist inzwischen durch den Umstand verstärkt, dass man von angesehener Seite begonnen hat, die Voigtschen Resultate als gesicherten Besitz der Wissenschaft darzustellen (s. Sohm, Institutionen 3. Aufl. § 68, Czyhlarz, Institutionen 1889 § 83). Da nicht jedermann in der Lage und geneigt ist, die Belegstellen, welche der Verfasser Satz für Satz seinem Texte beifügt, auf ihre Beweiskraft zu prüfen, so liegt die Besorgniss nahe, dass jene Meinung weiteren Boden gewinne, während in Wahrheit das beigebrachte Material an den entscheidenden Punkten den ihm zugemutheten Dienst völlig versagt.

* * *

In § 1: „Die argentarii und nummularii und deren Geschäftsbetrieb“, führt der Verfasser aus:

Die beiden „Geschäftsbranchen“ der argentarii und der nummularii bestanden etwa sechs Jahrhunderte hindurch in grundsätzlicher Verschiedenheit neben einander. Die argentarii betrieben privatgeschäftlich, aber unter staatlicher Aufsicht, das Bank- und Auctionsgewerbe. Ihre „Etablirung“ in Rom vollzog sich zu Anfang des 5. Jahrhunderts d. St., indem das griechische Institut der Trapeziten aus Latium, wohin es von Grossgriechenland her Eingang gefunden hatte, unter staatlicher Mitwirkung in Rom eingeführt wurde. Die nummularii wurden mit Einführung der Silberprägung im Jahr 486 d. St. (richtiger wohl 485 gemäss Plinius h. n. 33, 44) als staatliche „Münzwardeine“ eingesetzt und mit Prüfung des Münzmaterials sowie mit Justirung der Münzen betraut. Infolge des Umsichgreifens der Münzfälschungen wurden sie dann als öffentliche Münzprobirer in den Dienst des Publicums gestellt. Daraus entwickelten sich Geschäftsbeziehungen zum Publicum, welche allmählig die Gestalt des Bankbetriebes annahmen.

Argentarii und nummularii unterschieden sich aber auch jetzt noch dadurch, dass nur erstere auch Auctionatoren und nur letztere öffentliche Münzprobierer waren. Im 4. Jahrhundert n. Chr. wurden dann in durchgreifender Reform „wohl durch Constantin d. Gr. in Verbindung mit dessen münzreformatorischer Thätigkeit“ argentarii und nummularii unter der Bezeichnung *collectarii* zusammengefasst, „worauf dieselben (das sind doch die *collectarii*? — S. 522 — Ref.) von Julian im Jahre 363 ihrer Functionen als staatlicher Münzwardeine wie öffentlicher Münzprobierer enthoben und solche neu eingesetzten *zygostates* überwiesen wurden“. Die *collectarii* treten nun in die Stellung einfacher Bankiers zurück und werden in der späteren Legislation auch *trapezitae*, *argentarii*, von Justinian *ἀργυροπρατικοί*, *ἀργυροπράται* genannt.

Gegen diese Darstellung sind folgende Einwendungen zu machen:

1) Der behauptete „Durchgang“ der Trapeziten durch Latium (S. 515 A. 3) ist eine Unmöglichkeit. Er setzt voraus, Rom sei zu einer Zeit, als es längst im Besitz der latinischen Hegemonie war, gegenüber der latinischen Cultur kläglich im Rückstande geblieben. Diese vom Verfasser auch sonst beharrlich vertretene Annahme (vgl. Müller, Hdb. der klass. Alterthumswissenschaft IV 766 ff.) widerspricht so sehr aller Wahrscheinlichkeit und der Ueberlieferung, dass Referent sich der Kürze halber gestattet, auf Mommsen (Röm. Gesch. Bd. I⁷ 193 ff., 45 ff.) Bezug zu nehmen. Hinzuzufügen wäre etwa, dass speciell der von Grossgriechenland ausgehende Handelsverkehr, der doch vorzugsweise als Seeverkehr zu denken ist, auf Rom sicher ebenso früh und gleich stark eingewirkt hat wie auf die übrigen Latinerstädte.

2) Die Hypothese der Reform Constantins schwebt in der Luft. Dass Constantin mit seiner Münzreform auch Massnahmen hinsichtlich des Bankwesens verbunden hat, ist nicht unmöglich, aber nicht festgestellt. Die ihm von Voigt zugeschriebene Massregel hat er aber gewiss nicht getroffen. Die „Zusammenfassung“ der *argentarii* und *nummularii*, wie sie Voigt darstellt, würde nichts Geringeres bedeuten als die Monopolisirung des Bankbetriebes in der Hand der Münzbeamten (was die *collectarii* nach Voigts Darstellung ja bis Julian waren). Denn wenn auch von Voigt die „Zusammenfassung“ zunächst wohl als Ausdehnung der Amtsfunktionen der *nummularii* auf die derzeit vorhandenen *argentarii* gemeint ist, so müsste doch, da es sich nicht bloss um einen einmaligen Verleihungsact, sondern um eine Reform handeln soll, auch fernerhin die Eröffnung neuer Bankbetriebe stets mit Verleihung der Amtsfunktionen verbunden gewesen, das heisst von letzterer abhängig gemacht sein. Für diese nirgendwo bekundete, an sich schwer begreifliche und offenbar undurchführbare Massregel weiss sich Verfasser im wesentlichen auf nichts anderes zu berufen (S. 522 Anm. 28. 29), als auf die Gleichsetzung der Bezeichnungen *collectarius* und *nummularius* im vierten Jahrhundert, womit offenbar nicht der mindeste Beweis geliefert ist (s. Nr. 3). Dass ferner Rufinus

das Wort *τραπεζιτης* mit *collectarius* übersetzt hat, ist ebenso werthlos wie die philologische Weisheit des Suidas (s. Anm. 28 a. a. O.).

3) In der Constitution Julians von 363 (l. 2 C. Th. 12, 7; l. 2 C. Iust. 10, 73) ist mit keiner Silbe die Rede von Enthebung der *collectarii* aus ihren Amtsfunctionen; die *collectarii* werden gar nicht genannt. Die Constitution ergibt m. E. im Gegentheil, dass die Function, welche Julian den Zygostaten zuwies, bis dahin überhaupt nicht vertreten war, dass es sich um eine neue Einrichtung handelte. Insbesondere auch die *nummularii* können also um jene Zeit längst nicht mehr amtliche Münzprobierer gewesen sein. Die *collectarii* aber des vierten Jahrhunderts sind ebenso wie die *collectarii* des fünften Jahrhunderts (Nov. Valent. 14, 1, vgl. Marquardt, Röm. St.-V. II², 46, Anm. 45) staatlich angestellte Geldwechsler. Dass *nummularius* gleichbedeutend mit *collectarius* gebraucht wird (vgl. besonders Symmachus rel. 29, 1), beweist auch hier nichts für Voigt, vielmehr nur dies, dass *nummularius* in jener Zeit den Wechsler bezeichnet.

Alles Neue in den Voigtschen Ausführungen muss somit als unbegründet bezeichnet werden.

Im einzelnen ist noch folgendes geltend zu machen:

Zu Anm. 13 (S. 518): Livius XXIV, 18, 13 ff. soll beweisen, in welchem Masse das Bedürfniss bestand, flüssige Gelder bankmässig unterzubringen, indem nämlich das Publicum im Jahre 540 d. St. sich dazu drängte, seine Gelder dem Aerarium in bankmässige Verwaltung zu geben. In Wirklichkeit handelt es sich dort um Darlehen, welche dem leeren Staatssäckel patriotisch gewährt werden („ad sustinendam inopiam aerarii“ „manavit ea privatorum benignitas ex urbe etiam in castra, ut non eques stipendium acciperet“).

Zu S. 525 (Aufzählung der einzelnen zum Bankgewerbe gehörenden Geschäfte): Hier ist das in l. 7 § 2 D. 16, 3 („cum nummulariis“, vgl. l. 67 § 1 D. 17, 1) bezeichnete Societätsgeschäft übersehen, wobei der Client Capital und der Bankier seine Geschäftserfahrungen und Verbindungen sowie die Mühewaltung einschiesst, während der Gewinn prozentual getheilt wird.

* * *

In § 2: Die Geschäftsbücher des *argentarius* wie des Hausherrn“, wird folgendes dargelegt:

Bevor die *argentarii* „ihre überlieferten Geschäftsbücher aus Latium mit nach Rom brachten“, führte man in Rom nur Vermögensbestandsbücher (*libelli patrimonii* s. *familiae* und *kalendaria*). Die demnächst zuerst von den vermögenderen Bürgern nach dem Vorbild der argentarischen Buchführung angenommene, schliesslich allgemein eingeführte Buchhaltung der späteren Zeit umfasste ausserdem:

1) Die Kladde (*adversaria*, *ephemeris*),

2) den *codex rationum*, welcher griechischer Herkunft ist,

3) den *codex accepti et expensi*, der lateinischen Ursprungs ist.

Die Natur der *Adversarien* ergibt sich von selbst. Der *codex rationum* ist das Hauptbuch, worin chronologisch alle Vorgänge ge-

bucht werden, welche entweder den Kassenbestand verändern oder ohne numeratio eine Obligation begründen, ändern, beenden. Dieser codex wird meist in einzelne Conti (rationes) zerlegt. Der argentarius insbesondere hat für die einzelnen Clienten rationes mensae (Conto-current-Folien, Giro-Conti). Der Private richtet seine Conti nach anderen Gesichtspunkten ein, z. B. als ratio praedii, pecoris, frumentaria; aber auch er hat seine ratio argentaria. Von besonderer rechtlicher Bedeutung sind diese codices rationum und die einzelnen rationes nicht; sie kommen höchstens als Beweismittel in Betracht. — Anders der codex accepti et expensi. Dieser ist „Literalgeschäftsjournal“ d. h. er dient grundsätzlich nur den Literalcontracten. Es finden sich demgemäß ursprünglich darin nur folgende Eintragungen: 1) expensilatio, 2) acceptilatio, 3) transcriptio — a re oder a persona, 4) receptio (sic) argentarii. Später aber, nachdem mutuum und depositum „zu Contracten erhoben waren“, wurden inconsequenter Weise, aus besonderen Gründen (S. 543 Anm. 53), auch diese beiden Geschäftsarten als sog. nomina arcaria (Gai. III, 131) in den codex accepti et expensi eingetragen. Dabei aber bewendete es. Alle anderen Geschäftsarten, insbesondere Kaufgeschäfte und Stipulationen blieben von diesem codex ausgeschlossen. —

So der Verfasser. — Die Vermögensbücher und Adversarien, bezüglich deren Voigt die allgemeine Ansicht theilt, können und werden im folgenden eben deswegen auf sich beruhen bleiben. Um so entschiedener ist Widerspruch gegen Voigts Ausführungen über die anderen codices zu erheben, welche von den bisher geltenden Anschauungen völlig abweichen.

Es ist nicht genau, wenn Sohm (Institutionen 3. Aufl. S. 277), übrigens im Anschluss an Voigts eigene Darstellung (s. besonders S. 533 Anm. 16, S. 536 Anm. 20, S. 550 Anm. 81), als das wesentlich Neue an der Voigtschen Ansicht den Satz bezeichnet: „der c. rationum und der c. accepti et expensi sind nicht identisch, sondern von einander zu unterscheiden“. Die Unterscheidung der codices a. et expensi von anderen Bucheinrichtungen, welche Voigt unter der Bezeichnung codices rationum zusammenfasst, insbesondere die Ausscheidung des argentarischen codex rationum ist weder neu (vgl. ausser Heimbach und Zentner, die Voigt nennt, auch Keller, Instit. 106, Savigny, Verm. Schriften I 240, Marquardt, Röm. St.-V. II³ 67—69) noch entscheidend für des Verfassers Ansicht. Die Unterscheidung als solche kann auch hingehen, wenn man sich nur das Richtige dabei denkt. Zweifellos haben die Römer ausser dem c. accepti et expensi andere Bucheinrichtungen gehabt, für welche die Bezeichnungen rationes, liber rationum, codex rationum vorkommen (der letztere Ausdruck findet sich nur in l. 10 § 2 D. 2, 13, und zwar für das argentarische Conto-currentbuch). Neu und unrichtig jedoch ist die von Voigt angenommene Beschränkung des codex accepti et expensi auf ganz bestimmte, eng begrenzte Functionen und die Charakterisirung des codex rationum, welcher sich technisch nur bei den Bankiers findet, als des von allen

römischen Bürgern geführten Hauptbuches. Da hier das *πρῶτον ψεῦδος* steckt, welches den Verfasser zu manchen weiteren Unrichtigkeiten führt, so muss näher darauf eingegangen werden, als es auf den ersten Blick geboten erscheint.

Wir kennen ziemlich genau die argentarische Einrichtung, welche in l. 10 § 2 D. 2, 13 als *codex rationum* bezeichnet wird, ein specifisch dem Bankverkehrsbedürfniss entsprungenes Institut, welches unserem Begriffe des Contocurrentfolio mit der Massgabe entspricht, dass es zugleich die Functionen des Giro-Contos erfüllt. Genaue Nachweisungen darüber finden sich bei Marquardt, Röm. St.-V. II² 68, was Voigt auffallender Weise unerwähnt lässt. Ausserdem tauchen gelegentlich specielle Bucheinrichtungen unter dem Namen *rationes* auf, für welche sich kein anderer gemeinsamer Begriff als derjenige des Special-Contos aufstellen lässt. Da ist z. B. ein *liber rationum* (l. 46 § 5 D. 26, 7), welchen der Vormund betreffs der Verwaltung des Mündelvermögens führt; da sind ferner *rationes* über die einzelnen Zweige einer Gutswirtschaft und über das Geschäftsverhältniss zum Bankier (Cato de re rust. c. 2). Vielfach sind solche *rationes* nichts weiter als *particulare Vermögensbücher*; so die *ratio pecoris nati aut amissi*, welche Columella XI, 2, 44 nennt; vgl. auch l. 7 § 2 D. 33, 10 (Voigt, S. 535 Anm. 19). Eine Reihe von anderen Fällen findet sich bei Brissonius verb. *ratio*. Dass diese *codices rationum*, wie man sie mit selbstgewähltem Ausdruck immerhin bezeichnen mag, nicht mit den *codices accepti et expensi* identificirt werden dürfen, liegt auf der Hand und ist, wie gesagt, nichts neues. Aber auch nur in diesem negativen Sinn darf man die Gesamtheit jener Special-Conti dem *codex accepti et expensi* gegenüber stellen. Als positive, feststehende Einrichtung erscheint innerhalb jener regellosen Mannigfaltigkeit nur der argentarische *codex rationum*. Einen entsprechenden „*codex rationum domesticarum*“ (der Ausdruck ist wiederum von Voigt gebildet) und damit den Generalbegriff des *codex rationum* (Voigt S. 531) nachzuweisen, ist dem Verfasser nicht gelungen. Von den zahlreichen Aeusserungen, welche er (S. 531 ff. Anm. 11—18) als Belege zusammenstellt, ist nicht eine einzige beweisend. Dieselben sprechen entweder speciell vom *codex accepti* (freilich nicht mit diesem Ausdruck) oder von Special-Conti oder von den Bucheinrichtungen überhaupt. Man kann dem Verfasser nur soviel zugeben, dass die Stellen auf den ersten Blick seiner Behauptung nicht zu widersprechen scheinen; aber dies auch nur deshalb, weil sie so allgemein gehalten sind, dass sie, an und für sich, weit auseinander gehenden Vorstellungen Raum lassen. Die Stellen reden schlechtweg von *tabulae*, *rationes*, *codices*. Warum aber darunter andere *codices* als der *codex accepti et expensi* zu verstehen seien, dafür bleibt Voigt die Begründung schuldig.

Man wird gegen das Verlangen solcher Begründung einwenden, dass umgekehrt die Identität des *codex accepti* mit den in jenen Stellen erwähnten Büchern von dem bewiesen werden müsse, der sie behauptet. Dieser Einwand rechtfertigt natürlich nicht die Voigtschen Behauptungen.

Aber er ist doch insofern berechtigt, als auch die herrschende Meinung eine blosse Hypothese ist, wenn der uns angesonnene Beweis nicht erbracht werden kann.

Dieser Beweis ist indessen m. E. unschwer zu führen. Man muss sich nur vor allem frei machen von dem verbreiteten Vorurtheil, dass ausschliesslich oder auch nur vorzugsweise die Ausdrücke *codex* und *tabulae accepti et expensi* bezeichnend für diejenige Bucheinrichtung seien, für welche Cicero einige Male diese Ausdrücke gebraucht. M. W. findet sich die Bezeichnung *codex accepti et expensi* ausschliesslich in der Rede für Q. Roscius (hier dreimal: 1, 4 — 2, 5 — 3, 9). Daneben kommt ebendort (1, 2) *tabulae accepti et expensi* vor, und diese Wendung findet sich ausserdem noch einmal in der zweiten Verrine (II, 76, 186). Im orator endlich (47, 158) gebraucht Cicero einmal die Form *accepti tabulae*, welche von einzelnen Philologen ausserdem auch in der zweiten Verrine (I, 23, 60) gelesen wird (vgl. dazu Pseudo-Asconius). — Hiermit ist das Vorkommen jener Bezeichnungen m. W. erschöpft. Schon die Spärlichkeit dieses Materials spricht gegen die den Ausdrücken von den Neueren vielfach zugeschriebene technische Prägnanz. Es herrscht denn auch wenigstens darüber Einhelligkeit, dass nicht bloss dort, wo diese Ausdrücke gebraucht sind, es sich um die durch sie bezeichnete Bucheinrichtung handelt. Cicero gebraucht im Zusammenhang der eben bezeichneten Stellen anstatt der in Frage stehenden Ausdrücke weit häufiger das blosse „*tabulae*“. Es kann deshalb unmöglich bestritten werden, dass auch dieser Ausdruck zur Bezeichnung jener Bucheinrichtung verwendet wurde. Voigt selbst bezieht ausser jenen Stellen auch einige solche auf den *codex accepti et expensi*, wo das „*tabulae*“ allein, ohne Danebenstehen jener anderen Ausdrücke vorkommt, z. B. Cicero orat. part. 37, 130 „*tabulae, pactum conventum, stipulatio*“, pro Caecina 6, 17 „*tabulas averterit*“, Plautus, Trucul. I, 1, 52 „*pro tabulis, ubi aera perscribantur usuraria*“. Schon auf Grund dieses unstreitigen Materials ist also die Feststellung nicht abzuweisen, dass der Ausdruck „*tabulae*“ zur Bezeichnung jener Buchführung ebenso häufig, ja häufiger vorkommt als „*codex*“ oder „*tabulae*“ „*accepti et expensi*“. Ist dies aber richtig, so müssen durchschlagende Gründe vorliegen, wenn man in anderen Stellen, wo *tabulae* zur Bezeichnung der häuslichen Buchführung verwendet wird, eine andere Art der Buchführung finden will. Die Präsumtion spricht offenbar für die Identität. Voigt nun gibt überhaupt keinen Grund an, warum er den Ausdruck in den auf S. 534 mitgetheilten Stellen anders verstehen will als in den soeben genannten. Sein Beweggrund ist offenbar der, dass in jenen Stellen von der Eintragung solcher Geschäfte die Rede ist, welche nach seiner Ansicht nicht in den *Codex accepti* gehörten, ja dass theilweise in den Stellen ausdrücklich gesagt ist, jede Vermögensveränderung sei bei gewissenhafter Führung der *tabulae* aus denselben zu erschen. Das passt natürlich nicht zu Voigts Begriff des *codex accepti*. Aber dass dieser Begriff richtig sei, soll ja erst durch jene Stellen bewiesen werden.

Voigt bewegt sich somit im Cirkel und bleibt beweisfällig, wobei daran erinnert sei, dass es sich augenblicklich noch allein um die Stellen handelt, in welchen *tabulae* schlechthin steht (Cicero in Verrem II. I, 23, 61 und 49, 128; II. IV, 6, 12; pro Cluentio 12, 54; 14, 40; 30, 82; pro Fonteio 5, 11; ad Atticum 12, 17; l. 29 § 2 de leg. III^o). Doch nicht bloss eine von Voigt unwiderlegt gebliebene Präsumtion spricht für die herrschende Meinung. Vielmehr ist die Identität durch ein starkes positives Moment gestützt, welches darin beruht, dass die Römer, so oft sie von *tabulae* im Sinne der Buchführung schlechthin sprechen, niemals für nöthig halten, näher zu sagen, welchen Codex sie meinen. Es wird von den *tabulae* gesprochen, ohne Andeutung, dass es noch einen anderen codex gebe (abgesehen von den sehr deutlich unterschiedenen Adversarien)! Ueberall die stillschweigende Voraussetzung, dass, wenn man von *tabulae* spreche, jedermann dies verstehe und kein Missverständniss möglich sei. Und so haben es denn auch, soviel bekannt, alle Schriftsteller, die sich mit dem Gegenstand beschäftigt haben, vor Voigt verstanden, ein Beweis, dass diese Auffassung jedenfalls die natürliche ist. Es kommt ferner hinzu — und ich kann mich hier auf Voigts eigene Ausführungen S. 532 Anm. 12—14 beziehen —, dass die Terminologie des *expensum* und *acceptum*, welcher das angebliche „Literalgeschäftsjournal“ seinen Namen *codex accepti et expensi* verdankt, sich auch bei dem angeblichen *codex rationum* findet. Sowohl *expensum*, *acceptum ferre*, als *tabula* und *ratio accepti, expensi* sind, um mit Voigt zu reden, beiden *codices* eigen, eine That-sache, die Voigt sich so zurecht legt, dass er ohne jede Rechtfertigung behauptet (S. 544), diese beim *codex accepti* stets technisch gewesene Terminologie sei erst später auf den *c. rationum* übertragen. Wie soll man sich denn erklären, dass gerade dasjenige Buch jene Terminologie erzeugte, welches principiell gar nicht über *accepta* und *expensa*, sondern über „rein literale“ Vorgänge Aufschluss gab? Wie ist es ferner denkbar, dass man den Namen *codex accepti et expensi* angewandt haben sollte zur Unterscheidung von einem *codex*, der viel eigentlicher die Buchung der *accepta* und *expensa* enthielt, bei dem jedenfalls Buchungen mit eben diesen Namen vorkommen? Kurz, alles spricht für die Identität der *tabulae* in den letztcitirten Stellen mit dem *codex accepti*. Und somit beweisen diese Stellen, dass in den letzteren auch Kaufgeschäfte (Cicero in Verrem II, 1, 23, 61, II, 4, 6, 12, II, 4, 12, 28), Sponsionen (Cicero ad Atticum 12, 17), Vergleiche (Cicero pro Cluentio 12, 54), Schenkungen (pro Cluentio 12, 28), Erbschaftserwerb (l. 29 § 2 leg. III^o), überhaupt alle Vermögensvorgänge eingetragen wurden, derart, dass, wie es pro Cluentio 30, 82 heisst, bei gewissenhafter Buchführung „*nihil possit neque additum, neque detractum de re familiari latere*“, und Cicero pro Font. 2, 3: „*ratio litterarum confectioque tabularum habet hanc vim, ut ex acceptis et datis quidquid fingatur aut surripiatur aut non constet appareat*“. Auch die Stelle des Pseudo-Asconius (Orelli p. 175) über die *domestica ratio* würde übrigens diesen Beweis liefern, wenn diesem Scholiasten in historischen Dingen zu

trauen wäre. Denn er liest ja im Ciceronianischen Text das erst von der neueren Kritik verworfene *accepti tabulas*, will also recht eigentlich eine Beschreibung des *codex accepti et expensi* geben. Dazu stimmt die Notiz über die *chirographa*. Die ganze Stelle, obgleich Voigt sie S. 534 an die Spitze stellt, kann also wohl gegen, aber unter keinen Umständen für Voigts Hypothese verwendet werden.

Es ist nach dem Gesagten nicht erforderlich, auf die Stellen mit den Ausdrücken *ratio*, *rationes* genauer einzugehen. Ueber den *liber rationum* in l. 46 § 5 D. 26, 7 ist bereits gesprochen. Petronius 53, Suetonius Iulius 47, l. 6 § 4 D. 33, 8, l. 15 § 2 D. 34, 1, l. 40 pr. D. 40, 7, l. 22 § 8 D. 17, 1 sprechen allgemein von der Eintragung in „die Bücher“, l. 1 Cod. Iust. 2, 1 in der gleichen Weise von deren Exhibition. Columella de re rust. XII 3, 6 redet abstract von Belastung des „Budgets“. In l. 6 D. 40, 1 ist unter *suae pecuniae ratio* wohl ein Specialconto zu verstehen. In l. 26 D. 33, 8 dürfte das Kalendarium gemeint sein. Mag sich dies nun im einzelnen verhalten, wie es wolle, so ist aus den Stellen für die Voigtschen Behauptungen nichts zu gewinnen, weil die Differenzirung eines *codex accepti* und eines *codex rationum* im Voigtschen Sinn daraus niemals erwiesen werden kann, so lange die vorher behandelten Stellen entgegenstehen.

Dieser negativen Kritik ein positives und befriedigendes Bild der römischen Buchführung gegenüber zu stellen, muss Referent sich ausser Stande bekennen. Nur Vermuthungen können gewagt werden. Mit der von Keller eingeführten Fragestellung, ob die Hausbücher Contocurrent- oder Cassabücher gewesen seien, ist m. E. die Complicirtheit der Verhältnisse unterschätzt. Ich möchte überhaupt nicht an ein einziges strictes Schema glauben. Das Hauptbuch des Bankiers muss anders ausgesehen haben, als dasjenige des kleinen Bürgers. Die centrale Buchführung des mit vielen Procuratoren arbeitenden Capitalisten bot sicher ein anderes Bild als die *tabulae* des von der Hand in den Mund lebenden Kleinbauern. Wer sein Geld in Steuerpachtungen angelegt hatte, musste anders buchen als der Latifundienbesitzer. Wer mit Kalendarien arbeitete, für den erledigte sich durch diese ein Theil der Functionen, welche sonst den *tabulae accepti* zufielen. Ich nehme mit Keller an, dass die Hausbücher ursprünglich Cassabücher waren, dass es aber je länger je mehr üblich wurde, die Buchführung mannigfaltig zu modificiren. Die Modificationen mussten sich vorzugsweise auf die Theilung der Buchführung und die Abzweigung von Specialconti beziehen, und diesen Gedanken hervorgehoben zu haben, ist ein Verdienst der Voigtschen Schrift. Die Einheit der Buchführung, durch den Zweck der Sache gefordert, durch die römische Sitte und den Censor anscheinend besonders streng geheischt, konnte und musste daneben durch ein summarisch gehaltenes Hauptbuch beobachtet werden, und so konnte man immer noch von einem *codex accepti et expensi*, von einer *domestica ratio* sprechen, als die alte Sitte, in einen *codex* alle *accepta* und *expensa* einzutragen, nur noch von wenigen Bürgen festgehalten wurde. In diesem Sinne erscheint die in den Quellen uns entgegen-

tretende Einheitlichkeit der Buchführung, welche wir gegen Voigt betonen mussten, nicht als Gegensatz, sondern als Zusammenfassung der Mannigfaltigkeit, welche gegen die bisher vorherrschende Auffassung hervorzuheben nicht überflüssig ist. Voigt hat in letzterer Hinsicht schätzenswerthe Anregungen gegeben, die nur leider durch sein unrichtiges Hauptresultat in Schatten gestellt sind.

* * *

Der Verfasser behandelt in § 3 sodann: „Die Formulirung der Einträge in dem *codex accepti et expensi*“ und kommt dabei zu folgenden Resultaten:

1) Die bisherige Annahme, dass dem *expensum ferre* des Gläubigers ein *acceptum ferre* des Schuldners entspreche, ist irrig. Vielmehr entspricht dem gläubigerischen *expensum ferre* ein schuldnerisches *expensum referre*. *Acceptum ferre* ist die Eintragung des Schuldners, wodurch die Literalobligation gelöst wird, und dieser Eintragung entspricht ein vom Gläubiger bewirktes *acceptum referre*. Die Gegenbuchung ist in beiden Fällen durch Ordnung und Sitte, aber nicht juristisch geboten. Denn die *literae* im Sinne der erforderlichen Geschäfts-Sollennität sind in beiden Fällen vorhanden, wenn nur das *ferre* gehörig geschehen ist.

2) Das *ferre* muss *verbis sollenibus* geschehen, nämlich bei einfacher *expensilatio* mit den Worten: „X af N° N° *promissa expensa N° N° fero*“, bei der *transscriptio a re in personam*: „X af N° N° *ex causa debita expensa N° N° fero*“, bei *transscriptio a persona in personam*: „X af Titio *debita expensa N° N° fero*“, bei *acceptilatio*: „X A° A° *debita accepta fero*“.

3) Auf der *accepti tabula* stehen: *expensilatio* und *accepti relatio*, auf der *expensi tabula*: *expensi relatio* und *accepti latio* (S. 563).

4) Die *receptio argentarii*, „ein *literales constitutum debiti alieni*“ (S. 549) wird theilweise abweichend behandelt. Hier entspricht dem *expensum ferre* des Gläubigers, welches auch hier auf der *accepti tabula* steht und formulirt wird: „X af N° N° *pro Titio promissa in seque recepta expensa N° N° fero*“ ein *recipere* des *argentarius*, welches auf der *expensi tabula* steht und formulirt wird: „X *pro Titio A° A° promitto in meque recipio*“.

Diese überraschenden Thesen erweisen sich bei näherer Betrachtung als theils unrichtig, theils willkürlich.

Zu 1) Voigt selbst (S. 563) geht davon aus, dass *expensilatio* und *acceptilatio* ursprünglich die Buchung wirklicher Zahlungen bezeichneten. Er ist der Meinung, dass für den *codex rationum* (S. 532) jene Ausdrücke in eben diesem Sinne beibehalten wurden und dass demgemäss *expensum* hier jede Ausgabe, *acceptum* jede Einnahme bezeichnete. Er stellt ferner nicht in Frage, dass die *expensilatio* auch im literalen Verkehr denselben Grundbegriff, nämlich die fictive Zahlungsleistung bezeichnete. Auch kann er natürlich nicht leugnen, dass bei der verbalen *Acceptilation* *acceptum ferre* die lösende Erklärung des

Gläubigers bezeichnet. Und endlich wird man allgemein zugeben, dass es nicht bloss „modern“ (S. 562), sondern allgemein menschlich ist, dass eine Eintragung nach der Bedeutung bezeichnet wird, die ihr vom Standpunkt des Eintragenden, nicht nach derjenigen, die ihr vom Standpunkt eines Anderen beiwohnt, insbesondere dass ich eine von mir geleistete Zahlung nicht Einnahme, sondern Ausgabe nenne. Eine Reihe von Argumenten spricht also von vornherein dafür, dass *acceptilatio* auch im literalen Buchungssystem die lösende Eintragung des Gläubigers bezeichnet. Für denjenigen, der mit uns den *codex rationum* Voigts verwirft und als einziges in Betracht kommendes Hausbuch den *codex accepti* gelten lässt, wird das Mass dieser Gründe dadurch voll gemacht, dass eine Reihe von Stellen zweifellos erweist, dass in dieser Buchhaltung *acceptum ferre*, wo es sich um reale Zahlungsleistung handelt, die Eintragung des Zahlungsempfanges seitens des Gläubigers bezeichnet. Dass in demselben Buchsystem bezüglich der literalen *Acceptilation* der entgegengesetzte Sprachgebrauch bestanden haben sollte, ist eine offenbare Unmöglichkeit. Die Stellen sind: l. 56 D. 26, 7, l. 4 § 1 D. 21, 2, l. 39 § 18 D. 26, 7, l. 91 § 3 de leg. III^o, l. 102 § 2 D. 46, 3, Seneca ep. 10, 2, 3 = 78, 3, Val. Max. 2, 7, Apuleius apol. 96, Tertullianus apol. 13; vgl. auch l. 1 Cod. Iust. 8, 42, l. 1, l. 3 pr. D. 46, 3, l. 12 § 1 D. 20, 5. Doch es soll hiervon abgesehen und dem Verfasser offenes Ohr für die Gründe geliehen werden, welche er bezüglich der plötzlich umgekehrten Bedeutung der *acceptilatio* bei der literalen Buchung heizubringen hat. Es sind zwei Stellen. (S. 554 Anm. 6; vgl. S. 532 Anm. 12, S. 544, S. 547 Anm. 65, S. 558, S. 560. S. 564, wo man sich überzeugen wolle, dass im übrigen nur gehäufte Behauptungen, keine Gründe vorgebracht sind.) Die eine Stelle — fragm. Vat. 329 — sagt ganz allgemein: „sub condicione non recte acceptum vel expensum fertur“, beweist also nichts. (Vgl. übrigens l. 77 D. 50, 17.) Die zweite — l. 41 D. 2, 14 — lautet: „Intra illum diem debiti partem mihi si solveris, acceptum tibi residuum feram et te liberabo“. Licet actionem non habet, pacti tamen exceptionem competere debitori constitit (Papinianus). Voigt bemerkt in Parenthese hinter *feram*: „i. e. referam“. Das sieht wie Selbstironie aus. Denn wenn sich die Stelle überhaupt auf die literale *Acceptilation* bezieht, wofür m. E. nicht der mindeste Anhalt gegeben ist, so müsste nach Voigts Theorie es in der That *referam* heissen. Es heisst aber *feram*, und da hier zweifellos der Gläubiger es ist, welcher *acceptoferiren* will, so würde die Stelle, wenn man sie auf die literale *Acceptilation* beziehen dürfte, directen Gegenbeweis gegen Voigt liefern.

Voigt hat aber nicht nur keinen Beweis dafür, dass *acceptum ferre* die Handlung des Schuldners bezeichnet. Es giebt vielmehr überhaupt kein zweifelloses Zeugniß für ein echt literales *acceptum ferre*. Erman (Zur Gesch. der röm. Quittungen S. 25) hat bereits bemerkt: „Als die ursprüngliche Hausbuchterminologie erscheint: *acceptum referre* — *expensum ferre*. *Referre* ist nur der allgemeine Ausdruck für „eintragen“ in der älteren Sprache, während *ferre* in der republikanischen Zeit nur bei der Eintragung des *expensum* gebraucht

wird. *Acceptum referre* und *ferre* unterscheiden sich also zeitlich, nicht nach der Bedeutung.“ Hierzu möchte ich die Einschränkung fügen, dass auch selbst für die Kaiserzeit ein eigentlich *literales acceptum ferre* nicht nachweisbar ist. Denn l. 102 § 2 D. 46, 3 spricht von einem Bekenntniss wirklich empfangener Zahlung; in l. 56 D. 26, 7 und l. 4 § 1 D. 21, 2 ist von Kaufgeschäften, in l. 91 §§ 3, 4 de leg. III^o von eingetragenen Revenuen die Rede; in l. 39 § 18 D. 26, 7 heisst es: „*per iudicem acceptoferetur*“ und in fragm. Vat. 329 erklärt sich *feretur* durch das neben *acceptum* stehende *expensum*.

Aber auch für das von Voigt behauptete *expensum referre* fehlt jedes Beispiel und es bleibt auch hier bei der von Erman getroffenen Feststellung, dass es immer heisst: *expensum ferre*. In den von Voigt (S. 554 Anm. 5) beigebrachten Stellen steht das *referre* — ohne *expensum* — in dem allgemeinen Sinn von „eintragen“, was ja, wie Voigt anerkennt (S. 553 Anm. 3 und S. 538 Anm. 2*), einem verbreiteten Sprachgebrauch entspricht.

Es fehlt also den Voigtschen Aufstellungen geradezu an jeder Unterlage, und es ist schwer zu begreifen, wie der Verfasser bei so widriger Sachlage den Muth behalten konnte, an der einmal aufgestellten Hypothese festzuhalten.

Zu 2) Mit der zu 1) erörterten Terminologie fällt auch die vom Verfasser danach gebildete Formulierung der Einträge selbst zusammen. Nebenbei ist zu bemerken, dass auch das alterthümliche *af* (*Andere lesen a bs*), auf welches Voigt solchen Werth legt, zur Sollenität schwerlich gehörte, da Cicero im *orator* (47, 158) der Bemerkung „*praepositio af nunc tantum in accepti tabulis manet*“ die Worte hinzufügt: „*ne his quidem omnium*“.

Zu 3) Auch die Vertheilung der Einträge auf die *expensi* und *accepti tabula* ist lediglich eine Consequenz der vom Verfasser zu 1) beweislos aufgestellten Prämissen. Es genügt, Act von der Perversität zu nehmen, dass auf der *accepti tabula* vorzugsweise die *expensa*, auf der *expensi tabula* die *accepta* gestanden haben sollen!

Zu 4) Ueber die von Voigt sog. *receptio argentarii* wird geeigneter im Zusammenhang des folgenden Paragraphen gesprochen.

* * *

In § 4 erörtert der Verfasser „Die Literalobligation des *codex accepti et expensi*“. Soweit es sich dabei nicht um unmittelbare Consequenzen der in den vorhergehenden Paragraphen aufgestellten Originalthesen handelt, steht der Verfasser im wesentlichen auf dem Boden der herrschenden Ansicht. Das Wesen des *Literalcontractes* erblickt auch er darin, dass ein nach dem Willen der *Contrahenten* abstract gestaltetes Schuldverhältniss unter der Voraussetzung klagbar ist, dass es in einer bestimmten Weise in den *codex accepti et expensi* eingetragen ist. Die Eintragung ist nicht wie Rede und Gegenrede bei der *Stipulation* Form der Willenserklärung. Sie setzt vielmehr die — formlose — Willenseinigung voraus und tritt zu dieser als selbständiges Formelement hinzu. Der *Literalcontract* bedeutet m. a. W. die

Anerkennung des formlosen abstracten Schuldversprechens nur mit der Einschränkung, dass der Gläubiger den Vorgang in Gestalt der *expensilatio* beurkunden und der Schuldner — formlos — in diese Beurkundung willigen muss.

Ueber die historische Entwicklung dieser Contractsform bemerkt Voigt: sie habe sich im lateinischen Rechte entwickelt, von wo sie nach Rom recipirt sei (S. 566); mit der Uebernahme des argentarischen *codex accepti* in das bürgerliche Leben Roms sei nämlich „die Anerkennung der Bucheinträge als einer Rechtsgeschäftsform Hand in Hand gegangen“ (S. 565), und zwar im Wege der *interpretatio* und der prätorischen Jurisdiction. Nach Voigts Ansicht war ja nun aber der *codex accepti* principiell nur für *Literalcontracte* bestimmt und lange Zeit auch thatsächlich hierfür ausschliesslich benutzt (S. 542). Die Uebernahme dieses *codex* in das römische Verkehrsleben hätte also nur unter der Voraussetzung Sinn gehabt, dass mit der Einführung der Bücher sofort auch die rechtliche Anerkennung des *Literalcontractes* verbunden gewesen wäre. Der behauptete Vorgang ist also nicht anders als akut denkbar. Voigt selbst aber stellt die „Verbreitung“ der *codices accepti* und die Anerkennung des *Literalcontractes* als allmälige Entwicklung in der Weise dar, dass zunächst die Bucheinrichtung Eingang gefunden habe und demnächst erst die an dieselbe sich knüpfende Contractsform anerkannt worden sei. Die Voigtsche Darstellung scheitert also an ihrem eigenen Widerspruch. Im übrigen ist gegen dieselbe das zu § 1 über den angeblichen „Durchgang der *argentarii* durch Latium“ Gesagte zu wiederholen. Was Voigt (S. 571) im *Literalcontract* mit Recht als von sonstigen altrömischen Grundsätzen abweichend bezeichnet, ist nicht hinreichend, um den Schluss auf ausserrömischen Ursprung zu rechtfertigen, lässt sich vielmehr innerhalb des Rahmens der nationalrömischen Rechtsentwicklung erklären. Weder gegen noch für den nationalrömischen Ursprung spricht Livius 35, 7 und Gaius III, 133.

Die Frage, welcher Rechtsgedanke dieser uns so wunderlich anmuthenden Contractsart zu Grunde liegt, lässt Voigt unerörtert. Wie man dazu gelangen konnte, das entscheidende formale Moment ausschliesslich in die Hand des Gläubigers zu legen, unterzieht er keiner Prüfung. Er begnügt sich mit der Thatsache. Nur im Vorbeigehen sei die Vermuthung geäussert, dass es der Novationscharakter der *Expensilation* ist, welcher den Schlüssel zu jener Frage giebt. Nimmt man an, die *Expensilation* habe ursprünglich nur der Novation gedient, das *expensum ferre* sei also ursprünglich nicht die blosse Eintragung einer neuen Forderung, sondern zugleich immer die Löschung einer alten (ganz so wie Keller, Sells Jahrb. I 98 ff. die *nomina transscripticia* erklärt), so liegt in der *Expensilation* auch materiell die entscheidende Willenserklärung. Sie ist unter dieser Voraussetzung nicht bloss die formelle Acceptation eines Schuldversprechens, sondern zugleich die materielle Disposition über ein Forderungsrecht. Mochte der Gläubiger dadurch auch ein schneidigeres Forderungsrecht erhalten, formell gab er doch ein Recht auf, und auch materiell war der Tausch nicht ganz

ohne rechtlichen Nachtheil. Man denke z. B. an die Zinsenfrage. Wichtiger aber noch scheint mir, dass dem wirthschaftlichen Kern nach die novirende Expensilation sich als Creditgewährung darstellt. Man pflegt erst dann eine Schuld von der causa zu abstrahiren, wenn ein verlängerter Credit dafür nachgesucht wird, und auch die Novation mit Personenwechsel pflegt nach allgemeiner Erfahrung dem Fortgenuss des Credits zu dienen. Der Gläubiger erscheint also auch wirthschaftlich als der disponirende, gewährende Theil. Dass später die expensilatio als obligationsbegründender Act, insbesondere zu Schenkungszwecken, vielleicht auch als Creditunterlage benutzt worden ist, soll damit nicht in Abrede gestellt werden. Aus Gaius III, 128 ff. ersehen wir aber, dass auch in späterer Zeit der Novationszweck im Vordergrund stand.

Voigt betrachtet den Novationszweck als secundär. Dies steht im Zusammenhang mit seinen Anschauungen über das Buchwesen. Ein auf literale Geschäfte beschränkter codex accepti ist ja von vornherein zu dem Zwecke erfunden, um abstracte Schuldverhältnisse zu begründen! Wer an solche Erfindung glaubt, dem kann die expensilatio als rein obligationsbegründender Vorgang keine Bedenken erregen. Wer dagegen von der Ueberzeugung durchdrungen ist, dass die wirthschaftlichen Verhältnisse, genauer: die durch das wirthschaftliche Bedürfniss hervorgerufenen Bucheinrichtungen den Literalcontract organisch vorbereitet und erzeugt haben, dem wird die Auffassung befriedigender erscheinen, dass ursprünglich jeder expensilatio eine andere, causale Buchung zu Grunde lag und dass sich hieraus organisch die Grundsätze des Literalcontractes entwickelt haben.

Bisher blieb die von Voigt sogenannte receptio argentarii unerörtert. Es ist erst kürzlich wieder aus berufenem Munde (Goldschmidt in Bd. 10 dieser Zeitschrift S. 395) gleichzeitig auf die Wichtigkeit dieses Institutes und auf die Lückenhaftigkeit unseres Wissens über dasselbe hingewiesen. Voigts Bemerkungen darüber (S. 549. 556. 559. 563. 566 ff.) sind mehr andeutend als ausführend. Dennoch ist Referent geneigt, gerade hier einen fruchtbaren Gedanken anzuerkennen, den übrigens bereits Bekker (Bd. 3 dieser Zeitschrift S. 9) geäußert hat. Derselbe tritt bei Voigt in schädlicher Verquickung mit dessen irrigem Anschauungen auf. Dass aber das receptum argentarii nur im Zusammenhang mit der argentarischen Buchführung seine richtige Beleuchtung erhält, ist eine Erwägung, welche mehr Beachtung verdient, als ihr gewöhnlich zu Theil wird. Aufgeklärt ist freilich durch Voigts Bemerkungen das Institut keineswegs und der Widerspruch (S. 574 Anm. 23) gegen Lenels überzeugende Ausführungen ist ein Rückschritt.

Die „gründliche und umfassende Bearbeitung des Buch- und Rechnungswesens bei den Römern“, welche Bekker im Jahre 1882 (Bd. 3 dieser Zeitschrift S. 16) mit Recht als dringendes Bedürfniss bezeichnete, liefert die vorliegende Schrift nicht. Sie muss vielmehr in der Hauptsache als verfehlt bezeichnet werden.

Die zahlreichen Druckfehler dürfen nicht unerwähnt bleiben. Die Fehler in den Quellen-Citaten wirken sehr zeitraubend. Ich habe von

letzteren gelegentlich folgende vermerkt: S. 522²⁷ muss es heissen: D. I 12, 1 § 9; S. 522²⁸: C. Th. XVI 4, 5; S. 523²⁹: Iul. im C. Th. XII; S. 531³⁰: D. XXVI 7; S. 533³¹: Phil. im C. Iust. IV 19; S. 534³² Z. 31: D. XXXII, I. 29; 535³³ Z. 13: D. II 14, I. 47; S. 535³⁴ Z. 14: D. XXXII, I. 91; S. 538³⁵ Z. 4: D. XXVI 7; S. 538³⁶ Schluss: D. III 5, I. 88; S. 554³⁷ Z. 2: D. II 14.

Halle.

Th. Niemeyer.

Jacques Flach, *Etudes critiques sur l'histoire du droit romain au moyen âge avec textes inédits*. Paris, L. Larose et Forcel, 1890. 336 S., 8°.

Unter diesem Titel hat der Verfasser, Nachfolger Laboulayes auf dem Lehrstuhl für vergleichende Rechtsgeschichte an dem Collège de France, drei Abhandlungen vereinigt und seinem Vorgänger gewidmet. Dieselben beziehen sich sämtlich auf die mittelalterlichen Schicksale des römischen Rechts; während aber die beiden letzten nur einzelne Sonderpunkte behandeln, bringt die erste die ganze viel umstrittene Frage nach einer frühmittelalterlich-romanistischen Wissenschaft zur Erörterung und erscheint demgemäss als die weitaus wichtigste. Beigegeben ist jedem Hauptabschnitte (S. 129—183 und S. 225—286) ein reiches und ausserordentlich schätzbares Material von Veröffentlichungen aus den handschriftlichen Schätzen der Pariser Nationalbibliothek: Glossen, Zusammenstellungen von Anfangsworten, synoptische Tabellen zu Petrus-Manuscripten u. s. f.: für das Einzelne muss hier, Mangels des nöthigen Raumes, auf das Buch selbst verwiesen werden; für die Zuverlässigkeit und Akribie der Ausgabe bürgt die bekannte aussergewöhnliche Sachkunde, diplomatische Schulung und Genauigkeit des Verfassers.

Die erste Abhandlung besteht in einer kühlen, besonnenen, in kurzen Worten oft viel sagenden, oft aber doch auch etwas aphoristischen Nachprüfung der (wesentlich Fittingschen) Beweise für die Behauptung, dass durch alle, selbst die dunkelsten Zeiten des Mittelalters hindurch, stets Wissenschaft, Litteratur und Unterricht des römischen Rechts Platz gegriffen habe. Sympathisch wie diese Behauptung unserem evolutionistischen Zeitalter klingt (S. 13 f.), wird sie doch nach Flach durch die Thatsachen wenig gerechtfertigt; zu den mannigfachen Angriffen, welche Fittings Hypothesen und Darstellung letzthin erfahren mussten, gesellt sich somit die Flachsche Untersuchung hinzu. Wenn dieselbe auch nicht viel neue Gegenargumente bringt, sondern sich namentlich durch ein fortwährendes non liquet auszeichnet, so ist sie doch positiv in der Negation der Fittingschen Continuitätstheorie; sie beruht auf dem von Conrat in seiner Einleitung zu der Ausgabe der *Epitome Exactis regibus* begonnenen Angriff und leitet zu dem umfassenden Angriff über, zu welchem Conrat in seiner grossen, augenblicklich im Gange befindlichen Veröffentlichung¹⁾ vorgeht.

¹⁾ Mit der positiven Bedeutung eines umfassenden Quellen-Werkes,

Flach zerlegt den Stoff in drei Unter-Abtheilungen: 1) Wie steht es um diejenigen Schriften, welche wohl nicht zwischen Ende des 6. und des 11. Jahrhunderts, sondern entweder nachher oder vorher entstanden sind? Welchen Werth hat namentlich, falls letzteres der Fall, der Umstand ihrer Ueberlieferung durch diese dunklen Jahrhunderte hindurch? 2) Welches ist die Bedeutung der uns wirklich in Manuscripten aus der Zeit zwischen Ende des 6. und des 11. Jahrhunderts überlieferten Arbeiten? 3) Wie steht es während dieser kritischen Zeit um den Rechtsunterricht? — An die Behandlung der ersten Frage werden Bemerkungen über die Benutzung und das Vorkommen von Citaten römischer Rechtsquellen während des fraglichen Zeitraumes angeschlossen.

Merkwürdiger Weise zählt Flach zu der ersten Gruppe nur solche Werke, welche Fitting in seinen „Juristischen Schriften des früheren Mittelalters“ veröffentlicht hat: Actionentractate, juristische Vocabularien, Fragmente von Institutionencommentaren, Compendium iuris, De iustitia. Von allen diesen nimmt Flach entweder an, und zwar dies mit Vorliebe, dass sie ihre Entstehung erst dem Beginn wissenschaftlicher Regungen um das Ende des 11. Jahrhunderts, sei es den unmittelbaren Vorläufern der Bononiensischen Schule, sei es den ersten Anregungen dieser schon erblühten Schule nach auswärts, verdanken; oder dass sie vor dem Ende des 6. Jahrhunderts im wesentlichen entstanden, durch die dunkeln Jahrhunderte aber in einer solchen Art und Weise überliefert worden sind, welche keinerlei Spur wissenschaftlichen Verständnisses oder theoretischer Pflege erkennen lassen. Welche Alternative für jede einzelne Schrift zutrefte, entscheidet Flach regelmässig nicht; dem neu entdeckten Juristen Geminianus ist er wenig hold und möchte, unter Benutzung der Resultate von Pescatores Irnerius-Forschung, unter dem G., qui primus tractavit de natura actionum, eben Irnerius verstehen.

Mehr Bedeutung misst Verfasser denjenigen Schriften bei, deren vorbononiensischer Ursprung schon durch die Manuscripte feststeht. Als solche stellt er aus dem reinen römischen Recht zusammen: 1) Institutionsglossen: Turin; Bamberg; Monte-Cassino; Paris; Köln. 2) Zum Codex: Summe von Perusia; Glossen von Pistoia und von Paris. 3) Zum Julian: Summen, Scholien und Glossen. 4) Summen und Glossen zum Theodosischen Codex und 5) zum Breviarium. Diesen Producten werden diejenigen romanistischen Darstellungen an die Seite gestellt, welche im Dienst des kanonischen, lombardischen oder Lehus-rechtes stehen, einschliesslich der canonistischen Sammlungen und der

wie es Conrat, „Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts im früheren Mittelalter“ theils schon ist, theils zu werden verspricht, wollen und dürfen natürlich Flachs Etudes nicht verglichen sein; leider haben letztere ersteres nicht mehr benutzen können. Dass dabei Flach in irgend einem mikroskopischen Detailpunkt, auf welchen er gerade seine ganze Aufmerksamkeit gerichtet hat, auch einmal Conrat zu verbessern in der Lage ist (S. 202), das ändert an dem Gesamtverhältniss nichts.

Expositio ad librum Papiensem und dgl. In knappster Darstellung werden hier mehr innerliche, auf den wissenschaftlichen Werth gerichtete Untersuchungen angestellt; das Ergebniss ist, dass alle älteren Stücke barbarisches Gemengsel ältester Schulweisheit ohne inneres Verständniss mit lediglich grammatikalischer Bedeutung seien; während die tüchtigeren Leistungen der Zeit gegen 1070, namentlich der die Auffassung des römischen Rechts als *raison écrite* vorbereitenden damaligen Lombardistenschule, entstammen. Man sieht, wie wesentlich für Flach diese Sonnenaufgangsepoche von einigen vorbononiensischen Jahrzehnten ist, welchen er nach dem Vorgange von Conrat das zuschreibt, was man bis dahin über die vorbononiensischen Jahrhunderte vertheilt hatte.

Nach diesen Ergebnissen wird es Flach S. 104 f. leicht, dasjenige, was man als Spuren eines eigentlich wissenschaftlichen Rechtsunterrichts ausgelegt hat, als rein grammatikalische oder rhetorische Schulübungen, bedingt durch die bekannte scholastische Methode, anzusprechen: wie denn ja schon bei Quintilian das *genus iudiciale* als Theil der Rhetorik auftritt. Dass vor dem 12. Jahrhundert in Orléans eine Rechtsschule bestanden habe oder in Frankreich der *Brachylogus* entstanden sei, leugnet Flach bestimmt; „würde aber,“ so sagt er S. 117, „bewiesen, dass der *Brachylogus* in Frankreich während des 12. Jahrhunderts entstanden ist, so würde dieser Umstand, weit entfernt davon, einen Anhaltspunkt für die Behauptung einer angenommenen Continuität des römischrechtlichen Unterrichts in unserem Lande durch das ganze Mittelalter hindurch zu geben, vielmehr bezeugen, dass diese Studien bei uns eine hervorragende Wiedergeburt in Folge und unter dem Druck der von Bologna ausgehenden Bewegung erlebt haben.“ — Bleiben die italienischen Schulen. Die bekannte Odofredische Stelle wird ganz wörtlich so interpretirt, dass bei Untergang des römischen Studiums von dort nicht dieses, sondern bloss die Rechtsbücher nach Ravenna übertragen wurden. Mit der längeren Existenz dieser ravennatischen Schule muss dann Verfasser rechnen, wie er ihr den Petrus wenigstens hier nicht ausdrücklich abspricht; das hohe Lob aber, welches ihr Fitting spendet, lässt er ihr nicht zukommen, und hierin kann ihm Berichterstatter nur zustimmen: die *aequitas*, welche in Ravenna gehandhabt wurde, ist nicht diejenige einer über das strenge Recht fortgeschrittenen, des Buchstabens entbehren könnenden Epoche, sondern diejenige einer noch ungebildeten Zeit, welche mit den Quellen nicht umzugehen versteht und darum einem dunklen Rechtstriebe folgt. Wie sich dann die Besserung gegen Ende des 11. Jahrhunderts anbahnt, wird treffend hervorgehoben; ob wirklich dafür, dass schliesslich die neue Richtung statt in Ravenna vielmehr in Bologna zum Durchbruch kam, politische Gründe, Beziehungen zum Streite zwischen Papst und Kaiser massgebend waren, wie Flach vermeint, möchte ich dahingestellt sein lassen; dagegen kann ich mich ihm wieder ganz anschliessen, wenn er zu Ende den Hauptnachdruck auf die geniale Persönlichkeit des Irnerius legt (S. 126): „In Ravenna war es dem römischen Rechte nicht gelungen, sich aus den

Banden der Praxis, Dialektik und Grammatik zu lösen. In Bologna sprengt das Genie eines Mannes seine Fesseln, es nimmt seinen Aufschwung und wird eine Wissenschaft.“

Wenn freilich hiermit jede Spur einer Wissenschaft vor Bologna gezeugnet werden soll, so kann man schon deshalb Verfasser nicht ganz beipflichten, weil seine Untersuchungen so vollständige nicht sind, dass sie zu derartig abschliessendem Urtheile berechtigen. Das weiss er selbst sehr wohl, wie er denn z. B. die ganze fundamentale Materie des Petrus und des Brachylogus principiell aus der Besprechung, als noch nicht reif zur Entscheidung, ausgeschieden hat (S. 59. 60). Aber auch sonst, fürchte ich, wird seine Polemik als eine erschöpfende fast nirgendwo bezeichnet werden können, da er fast alles unentschieden lässt und nur gerade die Fittingsche Auffassung negirt. Sobald man jedoch einen derartigen Anspruch, welchen er selbst keineswegs erhebt, fallen lässt, wird sich andererseits eine weitgehende Berechtigung seiner einzelnen Bemerkungen und Einwände nicht verkennen lassen; die Klarheit und die Zurückhaltung der Beurtheilung fallen überall vortheilhaft auf; zweifellos methodisch richtig ist die stete Rückverweisung auf die objective, handschriftliche Grundlage; bei den mehr subjectiven Fragen der Werthbeurtheilungen und ähnlichen hört freilich jeder feste Massstab auf, wenschon Berichterstatter Verfassers Geschmack vielfach theilt.

Die zweite Abhandlung hängt mit der ersten insofern zusammen, als sie einen Beitrag zur Ausfüllung einer dort bemerkten Lücke, zur Kenntniss der Handschriften von Petrus *Exceptiones*, liefert. Sie besteht in einer mit äusserster Feinheit und Vorsicht, mit Scharfsinn und Geschick geführten Untersuchung über die Pariser Petrus-Manuscripte; die Einzelheiten, wenschon auf ihnen der Werth der Arbeit wesentlich beruht, können hier nicht einmal andeutungsweise berücksichtigt werden. Zunächst wird das Ergebniss festgestellt, dass die jüngst aus der Bibliothek Asburnham zu Tage gekommenen Nummern Barrois 336 und 285 zusammen, nachdem falsche Zuthaten beseitigt, Rasuren ergänzt worden sind, das von Savigny citirte, vor 1848 aus der französischen Nationalbibliothek mit zahlreichen anderen Handschriften verschwundene MS. Bibl. nat. lat. 4719 bilden, so dass namentlich aus den (gefälschten) Anfangsworten des einen Stückes gezogene Schlussfolgerungen wegfallen (S. 202). Dies Manuscript 4719 nun aber enthält den Petrus nicht in der Ordnung unserer Drucke, sondern so, dass die erste Hälfte das sog. Tübinger Rechtsbuch darstellt — Flach nennt sie Collection A — und die zweite Hälfte den grössten Theil¹⁾ des übrigen Petrus — Flach nennt sie Collection B. Dagegen ist ein weiteres Pariser Manuscript, f. lat. 1730, oder sein Archetypus, aus den beiden Collectionen A und B unter Zufügung von sechs weiteren Capiteln so zusammengesetzt, dass ein Copist nach einer ihm vorgeschriebenen, etwa durch eine Tabelle der Anfangsworte ihm bezeichneten systematischen Anordnung

¹⁾ Einige — 8 — Capitel unseres Petrus finden sich weder hier noch dort; vgl. S. 205 und S. 220 Anm. 1.

die Stücke der beiden Sammlungen vermischt abschrieb, so dass so im wesentlichen unser Petrus entstand: aus Fehlern und Flüchtigkeiten wird dieser Vorgang überzeugend reconstruirt. Da nun auch der Text von 1730 sich vielfach als der beste und präziseste herausstellt (S. 210), so liegt die Annahme nahe, dass er die Urform derjenigen systematischen Zusammensetzung verschiedener Sammlungen darstellt, welche wir als Petri Exceptiones kennen. In Folge dessen gewinnt es aber wieder besondere Bedeutung, dass MS. Nr. 1730 im Prolog nicht hat „Odiloni“, sondern „Saxiloni“; und nicht „Valentinae“, sondern „Florentinae“ civitalis; sowie dass in ihm fehlt die berühmte Bemerkung: possessionem quam in Galliae partibus appellamus honorem: denn damit scheiden die wichtigsten für den französischen Ursprung des Petrus geltend gemachten Symptome aus: ein Ursprung, welcher Flach auch sonst (S. 198) nicht wahrscheinlich erscheint. Im übrigen bedarf es, so schliesst Verfasser, weiterer handschriftlicher Studien; das hier Mitgetheilte zeigt nur, wie misslich es ist, ehe diese vollständig erledigt sind, sich ein Urtheil zu bilden; namentlich wird Rücksicht auf weitere Zersetzung des Petrus in seine Quellen und wieder dieser in ihre Elemente, als welche sich etwa Excerptensammlungen ergeben mögen, zu nehmen sein; zu diesem Behufe giebt Flach noch einige Winke und verweist namentlich auf ein Cambridger Manuscript.

Der genauen Schilderung dieses letzteren Sammelbandes, O. 7. 40, ist die dritte Abtheilung gewidmet. Seine Schrift ist nirgendwo älter als die Mitte des 13. Jahrhunderts; von juristisch interessanten Stücken enthält er zunächst, was Conrat entgangen war, die Epitome exactis regibus mit einem längeren, durch Flach zum Abdruck gebrachten, stark an das 4. Capitel des dem Placentin zugeschriebenen Tractates de varietate actionum erinnernden Prolog; ferner verschiedene kleinste Bruchstücke aller Art, betreffend römisches und kanonisches Recht; eine Reihe tralaticischer Definitionen; die Distinctiones Hugonis; und endlich die Sammlung A zu den Exceptiones des Petrus (d. h. also das Tübinger Rechtsbuch), an welche sich noch einige Excerpte und Fragmente anschliessen.

Den Eindruck aus allen diesen Studien und Lectüren fasst Verfasser folgendermassen nicht unzutreffend schliesslich, S. 327, zusammen:

„Es scheint im 11. und 12. Jahrhundert“ (— nicht auch schon in den vorhergehenden? —) „eine juristische Masse unpersönlicher anonymer Natur umhergetrieben zu haben, welche gewissermassen im öffentlichen Eigenthum stand und aus welcher jeder unbedenklich schöpfte. Dieser gemeinsame Grundstock war gebildet und genährt aus antiken Elementen (römische Gesetze in vollständigem oder zersetzten, erkennbarem oder der Prägung beraubten Zustand, Definitionen etc.) und aus gleichzeitigen oder neuen Elementen (Glossen, Summen, Distinctionen, Prologen etc.) Der Unterschied zwischen diesem Grundstock und der Idee, welche man sich von der „Manier“ der Glossatoren gemacht, dem Typus, welchen man als denjenigen der Glossatoren festgestellt hatte (als ob diese Manier unmittelbar alles erobert und überschwemmt hätte, in Italien und ausserhalb!), hat bewirkt, dass

Werke für vorbononiensisch genommen wurden, welche einfach jenem Grundstock entnommen waren (was namentlich von dem Petrus zutreffen mag); dieser Unterschied hat bewirkt, dass man diese Schriften als vermittelnd zwischen der Wissenschaft des 6. und der Wiederauferstehung am Ende des 11. Jahrhunderts angesehen hat, während sie nur eine unmittelbare Folge dieser Wiederauferstehung waren.“

Ernst Landsberg.

Hans Paalzow, Zur Lehre von den römischen Popularklagen.
Berlin 1889. 54 SS.

Eine Neubearbeitung der Lehre von den Popularklagen musste nothwendiger Weise den epochemachenden Aufsatz von Bruns (Zeitschrift f. Rechtsgesch. Bd. 3 S. 341 ff.) zum Ausgangspunkte nehmen. In der vorliegenden Abhandlung ist dies auch durchaus geschehen, aber der Verfasser gelangt in vielen Beziehungen zu Ergebnissen, welche den von Bruns gewonnenen widersprechen. Nach einer Darlegung des Sach- und Streitstandes (I) bestimmt P. den römischen Begriff *actio popularis* abweichend von Bruns unter Einschluss der gesetzlichen popularen Strafklagen, aber unter Ausschluss der *interdicta popularia* (II). Er behandelt sodann eingehend die prätorischen *actiones populares*, vertheidigt entgegen Bruns deren procuratorische Natur (III) als völlig vereinbar damit, dass (regelmässig) die ganze Klagsumme an den Kläger fällt (IV), und führt aus, dass diese *actiones populares*, richtiger die Vorrechte der Privatinteressenten auf ihre Anstellung, in der Regel vererblich seien (V). Solche Vererblichkeit wird für die gesetzlichen popularen Strafklagen, die übrigens nur kurz berührt werden, verneint, weil bei ihnen derartige Vorrechte nicht stattfinden (VI). Als den *actiones populares* „verwandte Bildungen“ bespricht P. in Kürze die *interdicta popularia* zum Schutze der *res publicae*, Rechtsmittel, deren procuratorische Qualität ihm zweifelhaft ist, und welche er als durch ihre reipersecutorische Natur von den *actiones populares* im eigentlichen Sinne geschieden ansieht, ferner die Klage *de collusione detegenda*, die *accusatio suspecti tutoris*, die *assertio in libertatem*, das *interdictum de libero homine exhibendo* und einige ähnliche Erscheinungen des Strafprocesses (VII). Die Entstehung der Popularklagen anlangend, so hält der Verfasser dafür, dass sie „in erster Linie auf die im letzten Jahrhundert der Republik, besonders seit der Zeit der Gracchen, rasch zunehmende Durchtränkung des römischen Gemeinwesens mit demokratischen Elementen zurückzuführen“ seien (VIII), wie umgekehrt in der späteren Kaiserzeit vermuthlich „in Folge der veränderten Staatsverfassung ihre Zahl sich verringert hat“, während freilich noch Justinian zwei ähnliche Rechtsmittel, die populare Klage auf Erfüllung von Vermächtnissen *ad pias causas* und diejenige auf Rückzahlung des Spielgewinnes, neu einführte (IX).

Bei Untersuchung des quellenmässigen Begriffes *actio popularis* verkennt P. nicht, dass das Ergebniss derselben kein Präjudiz dafür schafft, was wir heute für die Zwecke wissenschaftlicher Betrachtung als Popularklagen zusammenfassen dürfen, und in diesem Sinne ist allerdings „die Frage, welche Klagen die Römer *actiones populares* genannt haben, von verhältnissmässig untergeordneter Bedeutung“ (S. 12). Keinen Grund für diesen Satz ergibt dagegen die richtige Beobachtung, dass der Ausdruck *actio popularis* nicht der Gesetzessprache, sondern der Jurisprudenz angehört und wohl erst in der Kaiserzeit entstanden ist (S. 12). Uebrigens aber — und das ist von Bruns S. 386 f. schärfer als von P. betont — hat die Antwort auf jene Frage doch den nicht zu unterschätzenden Werth, festzustellen, auf welche Rechtsmittel — Gegenbeweis aus dem einzelnen vorbehältlich — wir die allgemeinen Aeusserungen der Quellen über *actiones populares* anzuwenden haben.

Soviel nun die gesetzlichen popularen Strafklagen angeht, bei denen die Urtheilssumme an Staat oder Gemeinde fällt, so hatte Bruns S. 387 nicht sowohl deren populare Natur als vielmehr ihre Eigenschaft als *actio* im Sinne des *ius persecuendi iudicio, quod sibi debetur*, in Abrede genommen, und auf diesen Zweifelspunkt geht P. in seiner Polemik gar nicht ein. Richtig dürfte allerdings sein, dass in juristischen Bearbeitungen — deren wir so gut wie nichts haben — solche gesetzliche Strafklagen *actiones populares* hätten genannt werden können (S. 12); denn dass es in der Kaiserzeit zulässig war, sie als *actio* zu bezeichnen, lehren die Stadtrechte von Salpensa und Malaca, welche sie regelmässig mit den Worten: *actio petitio persecutio esto* einführen, sowie die Art, in welcher Callistratus (fr. 3 pr. D. 47, 21) die Strafbestimmung der *lex Mamilia* wegen Grenzverrückung referirt: *eius actionem petitionem ei qui volet esse iubet (lex)*. Ob aber schon die *lex Mamilia* selbst hier *actio* gebrauchte, bleibt zweifelhaft (vgl. Bruns S. 363⁷⁸), zweifelhaft auch, ob gleicher Sprachgebrauch bereits dem Urtext der *lex col. Iul. Genet.* angehört (vgl. neuerdings Wlassak, Processgesetze S. 81 f.), sicher, dass die *lex Iul. municip.* ihn noch nicht hat, sondern nur *petitio* verwendet. Allein, wie dem auch sei, so hat Bruns sehr richtig empfunden, dass *actio* (*ei est qui volet*), angewandt auf Klagen, bei denen die Klagsumme an die öffentliche Casse fiel, ganz etwas anderes bedeutet als bei den prätorischen Popularklagen, bei welchen das Geld in die Tasche des Klägers floss: dort nur die Befugniss der Beitreibung zu fremden Gunsten, hier den materiellen Anspruch auf die Strafsumme. Das ist — entgegen dem Verfasser S. 46 — ein sehr wesentlicher Unterschied, und es dürfte mit Bruns, umsomehr als der ganze Digestentitel *de pop. act.* nur aus Edictscommentaren zusammengestellt ist (Bruns S. 386), daran festzuhalten sein, dass die Aussprüche der Digesten über *actiones populares* im Zweifel auf die gesetzlichen Strafklagen nicht mitzubeziehen sind.

In Betreff der *Interdicta* steht fest, dass sie zu den *actiones* im weiteren Sinne gehören (Ulp. fr. 37 pr. D. 44, 7), also hindert auch nichts, die *interdicta popularia* als *actiones populares* zu bezeichnen, wie auch von Paullus in fr. 42 pr. D. 3, 3 unzweideutig geschieht.

Richtig bleibt freilich, dass in engerem, häufigerem Sprachgebrauch *actio* das Interdict und somit *actio popularis* das *interdictum popolare* ausschliesst, und dass die reipersecutorische Natur der Popularinterdicte einen tiefgreifenden Unterschied zwischen ihnen und den popularen Strafklagen begründet, man also nicht ohne weitere Prüfung etwas von den *actiones populares* in den Quellen Gesagtes auf die *interdicta popularia* übertragen darf¹⁾.

Den wichtigsten Theil der weiteren Ausführungen des Verfassers bilden diejenigen über die Vererblichkeit der prätorischen *actiones populares* im engeren Sinne. Diese Frage, welche von Codacci-Pisanelli (*Arch. giur.* v. 33 p. 335 sqq.) zuerst genauer ins Auge gefasst ist, hat P. entschieden gefördert. P. erkennt an, dass die *actiones populares* nicht zu den *bona* gehören (S. 37 ff., S. 41 f.). Er bemerkt mit Recht, dass dies mit der Verurtheilung zu Gunsten des Klägers durchaus verträglich ist, und hätte hinzufügen können, dass ja auch die *actio iniuriarum* nicht zu den *bona* des Berechtigten gehört (fr. 28 D. 47, 10, fr. 2 § 4 cf. § 1 D. 37, 6).

Allein von Lassalleschen Gedanken über die Stellung des Erben ausgehend (S. 30 ff.), meint P. gleichwohl, dass der Erbe dessen, der als Privatinteressent ein Vorrecht auf Anstellung einer Popularklage hat, in dieses Vorrecht succediren könne (S. 38 f.). Den allgemeinen Ausführungen, auf welche diese Folgerung sich stützt, vermag Referent nicht beizutreten. Es wird immer ein blosses Bild bleiben, dass in dem Erben der Wille des Verstorbenen fortlebe (S. 31), dass er die Persönlichkeit des Erblassers fortsetze (S. 36), und wenn der Verfasser (S. 31) mit Hölder (*Zur Gesch. des röm. Erbrechts* S. 34) sagt, der Erwerb der Activen des Nachlasses durch den Erben sei nur eine zufällige Nebenwirkung seines Entstehens für den Verstorbenen, so ist das mindestens eine Uebertreibung. Richtig aber ist, dass der *heres* des römischen Rechts nicht nur in das Vermögen des Erblassers eintritt, dass insbesondere das *ius sepulchri* auf den Erben übergeht, aber, weil kein Vermögensrecht, dem *Fiduciar* bei Restitution der Erbschaft, dem abstinirenden *suus*, dem *indignus* verbleibt (S. 36, vgl. Pernice, *Sitzungsber. der Berl. Acad.* 1886 S. 1200 f.), dass umgekehrt (entgegen Pernice a. a. O. S. 1201) die Enterbung grundsätzlich auch von dem *ius sepulchri* ausschliesst und nur *humanitatis gratia* der Enterbte ein beschränktes Begräbnissrecht: *tantum sepeliri, non etiam alios praeter posteritatem suam inferre*, behält (fr. 6 pr. D. 11, 7, S. 37). Nur ist nicht beachtet, dass dieses beschränkte Recht nicht bloss bei ungerechtfertigter, sondern bei jeder Enterbung bestehen bleibt und nur durch eine speciell hierauf gerichtete Verfügung aus gerechtem Grunde genommen werden kann; *nisi specialiter testator iusto odio commotus eos vetuerit* (fr. 6 cit.), ebenso wie der Erblasser durch eine besondere Verfügung auch den Erben die Benutzung des Grabmals untersagen kann (fr. 3 § 3 D. 47, 12). Wie das *ius sepulchri*, so geht

¹⁾ Vgl. über die Popularinterdicte jetzt auch Ubbelohde, *Die Interdicte des römischen Rechts* 1. Theil, Erlangen 1889, S. 40 ff.

die *actio sepulchri violati*, trotzdem sie eine sog. *actio vindictam spirans* ist (S. 39 ff.), auf die Erben über, aber weil sie non ad rem familiarem pertinet (fr. 6 D. 47, 12), so ist ihre Anstellung keine Einmischung in die bona hereditaria. So legt P. S. 32 ff. fr. 20 § 5 D. 29, 2, fr. 10 D. 47, 12 richtig aus; vgl. besonders die Worte per hereditatem optigit haec actio (fr. 10 cit.). Es ist auch in der That gerade bei einer Popularklage nicht recht abzusehen, warum sie durch den Tod des unmittelbar Verletzten untergehen sollte; denn wenn sie auch poenam et vindictam continet (fr. 20 § 5 cit.), so nimmt sie doch nicht bloss die Genugthuung des Verletzten, sondern auch das öffentliche Interesse wahr.

Vererbung der *actio sepulchri violati* kann aber nur heissen: Vererbung des den Interessenten zustehenden Vorrechts auf Anstellung der Klage (S. 38 f.). Genauer freilich sagte man wohl noch, dass der Erbe des Interessenten ebenso bevorrechtet ist wie dieser selbst, weil dasjenige Verhältniss, durch welches das Vorrecht begründet wird — hier das *ius sepulchri* —, durch die Erbfolge auf ihn übergegangen ist. Es ist nunmehr der Erbe derjenige, ad quem res pertinet (fr. 3 pr., fr. 6 D. 47, 12), andererseits freilich ist er ebenso wie der Erblasser der Prävention Dritter ausgesetzt (fr. 6 cit.). Dass man aber nicht quellenwidrig handelt, wenn man dieses eigenartige Verhältniss Vererbung der *actio sepulchri violati* nennt, ist nach fr. 10 cit. nicht zu bezweifeln.

Hat man nun in Gestalt der *actio sep. viol.* ein sicheres Beispiel einer im obigen Sinne vererblichen *actio popularis*, so ist auch keine Veranlassung, an dem klaren Zeugniß des fr. 5 § 13 D. 9, 3 durch Textänderung oder künstliche Interpretation zu rütteln. Die Stelle sagt von der *actio de positis et suspensis*: ista autem actio popularis est et heredi similibusque competit. Diese Worte sind zwar wahrscheinlich interpolirt (S. 44¹, S. 52 f.), beweisen aber darum nicht weniger, dass die *actio de pos. et susp.* — in demselben Sinne wie oben — vererblich war (S. 29. 35). Zwar findet Bruns (S. 384) hier die Vererblichkeit besonders auffallend, weil diese Klage eingetretenen Schaden nicht voraussetze, daher selten Vorrechte möglich seien, welche sich vererben könnten. Allein die Klage ist doch auch bei eingetretenem Schaden begründet (fr. 5 cit. § 11 i. f.), und dann ist das Vorrecht gegeben.

Es ist dem allen nach auch durchaus plausibel, wenn P. S. 34 das vielumstrittene fr. 7 D. 47, 21 dahin auslegt, dass die Popularklagen, d. h. die Klagevorrechte, als nicht zu den bona gehörig auf den Universalfideicommissar nicht übergehen, sondern vielmehr bei dem Erben verbleiben. Die *similes personae* des fr. 5 § 13 cit. brauchen den Universalfideicommissar nicht mit zu umfassen. Codacci-Pisanelli S. 342 ff. giebt eine ähnliche Interpretation des Fragments, bezieht dasselbe aber auf die Zeit nach der Litiscontestatio. Allein der Inhalt der Stelle zwingt dazu nicht, und — so bemerkt Bruns S. 382 für die Regel zweifellos richtig — „wo die Römer von Klagen im allgemeinen und namentlich von ihrer Vererbung sprechen, sind darunter die Klagen vor der Litiscontestatio zu verstehen“.

Weniger glücklich ist der Verfasser (S. 42 ff.) in der Hebung der Schwierigkeiten, welche sich aus fr. 5 § 5 D. 9, 3 ergeben. Ulpian sagt dort von der *actio de effusis et deiectis* wegen Tödtung eines Freien: *neque [in heredem datur neque heredi similibusque] personis. nam est poenalis et popularis: dummodo sciamus hanc actionem ex pluribus desiderantibus ei potissimum dari debere, cuius interest vel qui adfinitate cognationeque defunctum contingat.* Von den Worten: *nam est poenalis et popularis* kann nur das letztere als Begründung dafür verwandt werden, dass die Klage dem heres und den ihm gleichstehenden Personen versagt ist. Wenn nun wirklich Ulpian „den Ausschluss der activen Vererblichkeit“ mit der Popularität der Klage begründete, so käme P.s ganze Auffassung ins Schwanken. P. sucht deshalb die Worte: *nam est poenalis et popularis* als eine „recht ungeschickte“ Interpolation darzustellen. Wiewohl nun u. E., wenn Ulpian die Worte: *dummodo sciamus* u. s. w. schrieb, welche die Popularität der Klage näher erläutern, er nothwendiger Weise vorher diese Eigenschaft derselben erwähnt haben musste, das Satzgefüge also durch Streichung der beanstandeten Worte nicht, wie P. will, besser, sondern entschieden schlechter wird, so soll doch nicht geleugnet werden, dass der ganze Paragraph Spuren starker Ueberarbeitung zeigt (S. 44¹), und es wird sich dafür unten noch ein von P. nicht beachteter Grund ergeben. Die Frage ist aber von geringer Bedeutung; denn auch wenn der Satz: *nam est poenalis et popularis* von dem Classiker herrührt, so beweist er nichts gegen die Vererbung der Popularklagen im Sinne P.s. Der Verfasser übersieht zu seinem Schaden ganz, dass es sich hier gar nicht um Vererbung der Klage handelt — denn der Getödtete hatte sie doch nicht! — sondern um die originäre Bestimmung des Klageberechtigten. Dieser soll nicht der Erbe des Getödteten sein: *nam sane absurdum accidet, ut heres pretium quasi occisi consequatur eius, cuius heres exstitit* (fr. 36 § 1 D. 9, 2); sondern die Klage ist popular mit Vorzug der an dem Fortleben des Getödteten Interessirten, sowie seiner Verwandten und Verschwägerten. Das zweite ist allerdings nicht der Grund, sondern bloss der Gegensatz des ersten, und insofern ist das *nam* inexact, was übrigens bekanntlich auch bei den Classikern nicht so selten ist. Die Frage der Vererbung der *actio* erhebt sich erst dann, wenn jemand, *cuius interest*, oder ein Verwandter oder Verschwägerter des Getödteten stirbt, und nun sein Erbe die Klage anstellen will. Im ersten Falle ist der Erbe um nichts weniger *is cuius interest*, weil sein Interesse durch Erbschaft vermittelt ist, und er hat zweifellos das Vorzugsrecht seines Erblassers; Ulpian sagt nichts dem Widersprechendes; im zweiten Fall hat er es ebenso zweifellos nicht, weil der Erbe nicht in die das Vorrecht begründenden Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsverhältnisse succedirt.

Ganz anders steht es um die *actio de effusis et deiectis* wegen Verletzung eines Freien. Bei ihr handelt es sich allerdings um die active Vererblichkeit der Klage, wenn Ulpian in derselben Stelle weiter sagt: *sed si libero nocitum sit, ipsi perpetua erit actio: sed si alius velit experiri, annua erit haec actio, nec enim heredibus iure hereditario*

competit, quippe quod in corpore libero damni datur, iure hereditario transire ad successores non debet, quasi non sit damnum pecuniarium, nam ex bono et aequo oritur.

P. bemerkt dazu (S. 43), Ulpian gebe für die active Unvererblichkeit eine ausführliche Begründung, welche darauf hinauslaufe: ex bono et aequo oritur. Allein gerade diese Worte hat schwerlich Ulpian zu solcher Begründung verwandt. Denn was in aller Welt trägt es für die Unvererblichkeit einer Klage aus, dass sie auf Billigkeit beruht? Die Worte sind auch syntaktisch mit dem Vorigen schlecht verbunden. Der wahre Grund Ulpians ist mit aller Klarheit dem eigenartigen Gegenstande der Klage entnommen, und gerade diese Art der Begründung zeigt deutlich, dass die Popularität an und für sich die Unvererblichkeit nicht begründet, ein Gesichtspunkt, den P. für sich auszubeuten unterlassen hat. Uebrigens dürfte nach dem Zusammenhange — nec enim — und der zweimaligen scharfen Betonung des iure hereditario die Meinung nur die sein, dass den Erben des Verletzten als solchen nicht die bevorrechtigte actio perpetua zusteht, ebenso wie Beerbung des Getödteten kein Vorzugsrecht begründet, dass dagegen auch nach dem Tode des Verletzten innerhalb des annus von den Erben wie jedem Dritten die Klage erhoben werden kann. Solche populare Ahndung der Verletzung nach dem Tode ist nicht auffälliger als die populare Ahndung der Tödtung.

Dass bei denjenigen actiones populares, bei welchen, wie bei der actio de albo corrupto, ein bevorrechtigter Privatinteressent nicht vorkommt, auch von einer Vererbung der actio in keinem Sinne gesprochen werden kann, hat P. S. 39¹ zutreffend hervorgehoben.

Je bereitwilliger danach die tüchtige, selbständige Forschung P.s anzuerkennen ist, desto befremdlicher wirken elementare Verstösse, wie die Behauptung, dass mit der querela inofficiosi testamenti der Kläger nur seinen Pflichttheil erstreite (S. 37). Widerspruch fordert die Art, wie der Verfasser die Quellen anführt. Er giebt wiederholt den Text mit Abweichungen von der Ueberlieferung, ohne dieselben als eigene oder fremde Conjectur auch nur zu kennzeichnen: vgl. S. 32: fr. 20 § 5 D. 29, 2 (magis vor quam), S. 33: fr. 10 D. 47, 12 (tametsi statt tamen si), S. 39: fr. 16 D. 48, 2 (eum in publicis iudiciis gestrichen). Solche Kennzeichnung ist aber unerlässlich, auch dann, wenn, wie in den beiden letzten Fällen, ein Vorschlag in Mommsens Noten zur Ausführung gebracht wird. Dass die aurei in prätorischen Geldstrafen erst von Justinian an Stelle der milia sestertium gesetzt sind, steht doch jetzt wohl fest, hätte also beachtet werden müssen (S. 11. 23. 24. 25). Druck- und Schreibfehler dürfen — bei aller Toleranz — doch nicht so weit gehen, dass man des öfteren (S. 24 Z. 3, S. 31 Z. 17, S. 37 Z. 4 v. u., S. 44 Z. 7 auf Conjecturalkritik sich angewiesen sieht.

Kiel, März 1890.

Th. Kipp.

ZEITSCHRIFT
DER SAVIGNY-STIFTUNG
FÜR
RECHTSGESCHICHTE

HERAUSGEGEBEN

VON

**E. I. BEKKER, A. PERNICE, R. SCHRÖDER,
H. BRUNNER.**

ZWÖLFTER BAND

XXV. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

ROMANISTISCHE ABTHEILUNG.



WEIMAR
HERMANN BÖHLAU
1892.



WEIMAR. — HOF-BUCHDRUCKEREI.

Inhalt des XII. Bandes

Romanistische Abtheilung.

	Seite
Biermann, Johannes, Custodia und vis maior	33
Gradenwitz, Otto, Zwei Bemerkungen zur Publiciana	134
Derselbe, Nochmals über das Statut der Elfenbeinarbeiter	138
Hellmann, Naturalis obligatio ex pacto	325
Klebs, E., Die Stimmenzahl und die Abstimmungsordnung der reformirten servianischen Verfassung	181
Lenel, O., Nachträge zum Edictum Perpetuum	1
Mommsen, Theodor, Gordians Decret von Skaptoparene	244
Derselbe, Iudicium legitimum	267
Derselbe, Aegyptischer Erbschaftsprozess aus dem J. 124 v. Chr.	284
Niemeyer, Th., Fiducia cum amico und depositum	297
Schirmer, Th. Beiträge zur Interpretation von Scävolas Digesten II	15
Schulze, Ernst Th., Zum Sprachgebrauche der römischen Juristen	100
Ude, E., Das receptum nautarum, ein pactum praetorium	66
Zachariä von Lingenthal, Aus und zu den Quellen des römi- schen Rechts XXIX—XXXIV	75

Miscellen:

Conrat, Max (Cohn), Das Formular für ein Testament mit Codicillarclausel	154
Derselbe, Die Glossen des Cod. Vindob.	154
Derselbe, Die Benutzung der Perusiner Codexsumme	155
Derselbe, Eine alte Ueberlieferung von Institutionentext	155
Derselbe, Fälschungen des 11. Jahrhunderts	155
Mommsen, Th., Constitutiones corporis munimenta	146
Derselbe, Zur Kritik des Codex Justinianus	149
Derselbe, Zu der Rechtsstellung der athenischen Professoren in der römischen Kaiserzeit	152
Kaufmann, G., Eine unbekannte Redaction der Statuten der Paduaner Juristenuniversität	361

Litteratur:

	Seite
Pietro Bonfante, Res Mancipi e nec Mancipi	156
Besprochen von Hugo Krüger.	
Brezzo Dott. Camillo, L'utilis actio del diritto romano .	163
Besprochen von Hugo Krüger.	
H. Fitting, Die Institutionenglosse des Gualcausus und die übrigen in der Handschrift 328 des Kölner Stadt-Archivs enthaltenen Erzeugnisse mittelalterlicher Rechtslitteratur	171
Besprochen von Ernst Landsberg.	
Marcel Fournier, Les Statuts et Privilèges des Universités Françaises depuis leur fondation jusqu' en 1789. Tome I. Première Partie: Moyen-Age	365
Besprochen von G. Kaufmann.	
Von der Savigny-Stiftung	179. 372
Preisaufgaben der Rubenow-Stiftung	372
Register über den Römunistischen Inhalt der Zeitschrift für Rechts- geschichte. N. F. Band I—XII	375

I.

Nachträge zum Edictum Perpetuum.

Von

Herrn Professor Dr. **O. Lenel**

in Strassburg i. E.

I. Zur formula prohibitoria.

Die Frage, ob es in classischer Zeit neben der formula negatoria mit der intentio „s. p. N° N° ius non esse etc.“ noch eine formula prohibitoria mit der intentio „s. p. A° A° ius esse prohibendi N^m N^m etc.“ gegeben habe und welches die Function dieser zweiten Formel gewesen sei, ist seit dem Erscheinen meines Edictum perpetuum von zwei Schriftstellern, Ferrini¹⁾ und Schott²⁾, zum Gegenstand eingehender Erörterungen gemacht worden. Die Einwände, die sie gegen die von mir versuchte Lösung des Räthsels erheben, geben mir Anlass, auf die Frage zurückzukommen.

Sowohl in meinem Edictum perpetuum³⁾ wie in einer vor diesem veröffentlichten Abhandlung⁴⁾ war ich zu dem Ergebnisse gelangt, dass das römische Recht niemals eine formula prohibitoria gekannt habe. Den Berichten des Stephanos⁵⁾

¹⁾ Studi giuridici e storici pubblicati per l' VIII centenario dell' università di Bologna, 1888, p. 83 sqq. — ²⁾ In der Breslauer Festschrift zu Windscheids Doctorjubiläum. Auch separat unter dem Titel „Das ius prohibendi und die formula prohibitoria“ (1884). Ich citire nach dem Separatabdruck. — ³⁾ § 72 g. E. — ⁴⁾ Bd. II dieser Zeitschrift N. F. S. 72 ff. — ⁵⁾ suppl. Basil. edid. Zachariae, p. 112.

und einiger späterer Byzantiner¹⁾, die die Existenz einer solchen Formel ausdrücklich bezeugen, meinte ich den Glauben versagen zu dürfen, weil Stephanos in seinen historischen Angaben nicht immer zuverlässig sei, die Anderen aber ihm nachgeschrieben haben könnten. Die beiden Digestenstellen aber, in denen man Spuren der formula prohibitoria entdeckt haben wollte, — Ulp. 17 ad edict. D. (7, 6) 5 pr. und Marcell. 6 dig. D. (8, 5) 11 — versuchte ich hinwegzuinterpretieren. In der ersten schienen mir die entscheidenden Worte „vel sibi ius esse prohibendi“ keinerlei Bezug auf eine besondere formula prohibitoria zu verrathen, ja dem ganzen Zusammenhang nach einen solchen gar nicht haben zu können. In der zweiten Stelle bezweifelte ich zwar nicht, dass das „agere ius sibi prohibendi esse“ dort ein anderes Rechtsmittel bedeuten müsse als die gleich darauf ebenfalls erwähnte actio negatoria. Aber auf die Existenz einer besonderen formula prohibitoria glaubte ich gleichwohl daraus nicht schliessen zu dürfen. Es schienen mir andere Wege der Erklärung möglich. In der erwähnten Abhandlung verwies ich auf das Remissionsinterdict, das gegenüber der operis novi nuntiatio stattfindet und in dessen Formel — D. (43, 25) 1 pr. — das entscheidende Gewicht gerade auf das ius prohibendi des Nuntianten gelegt wird; ich fragte, ob nicht Marcellus sehr wohl das an die o. n. n. sich regelmässig anschliessende Sponsionsverfahren auf Grund dieses Interdicts ein „agere ius sibi prohibendi esse“ habe nennen können. Im Edictum perpetuum gab ich diese, wie mir vorkam, etwas weit gesuchte und zur Erklärung der byzantinischen Berichte nicht ausreichende Deutung auf und schlug statt dessen vor, die fragliche Wendung einfach auf das Sponsionsverfahren über die Servitut selbst zu beziehen. Nach Gai. 4, 91 müsse für jede in rem actio, also auch für die Klage, womit der Eigenthümer die Anmassung von Servituten abwehrt, neben dem agere per formulam ein agere per sponsionem als möglich angenommen werden; diese sponsio nun sei auf „si mihi ius est prohibendi“ abgestellt gewesen, und daraus sei dann die actio prohibitoria der Byzantiner geworden. Fraglich blieb dabei nur, warum

¹⁾ s. Ed. perpet. S. 149 n. 9.

man hier der sponsio eine andere Fassung gegeben als der Formel; die Erklärung dieser Fassung fand ich darin, dass die formula negatoria aus der doppelseitigen legis actio sacramento in rem abstamme, bei der die entgegengesetzten Parteibehauptungen nothwendig einander correspondirend hätten gestaltet werden müssen; die confessorische Fassung der einen habe hier von selbst zur negatorischen der anderen geführt. Bei dem einseitigen, im Gegensatz zur legis actio sacramento in rem ausgebildeten Sponsionsverfahren dagegen habe man eine andere Fassung wählen können und gewählt.

Wie man sieht, ist die Basis der früheren wie der späteren Hypothese die angebliche Unglaubwürdigkeit des Stephanos, und mit Recht hat daher Ferrini seinen Hauptangriff gerade auf diesen Punkt gerichtet. Dieser Angriff ist, um es gleich zu sagen, gelungen, obgleich Ferrinis Ausführungen keineswegs durchweg einwandfrei sind. Ich hatte den Satz, dass Stephanos unzuverlässig sei, auf dessen Scholion zu D. (6, 2) 11 § 1 gestützt¹⁾. In dieser Stelle gewährt Ulpian die Publiciana, „si de usu fructu agatur tradito“. Theophilos hatte dies auf einen Fall gedeutet, wo der Niessbrauch vom Nichteigenthümer tradirt worden war. Stephanos tritt dem mit der Behauptung gegenüber, der Prätor habe nur dem usus fructus a domino traditus Schutz versprochen: *καίτοι ὁ πραιτωρ τὸν παρὰ δεσπότου τραδίτευθέντα οὐσούφρουκτον φυλάττειν ἐπαγγέλλεται*. Diesen Bericht nun erklärte ich für unzweifelhaft falsch: denn aus Gai. inst. 2, 28 und D. (41, 1) 43 § 1 sei zu ersehen, dass selbst noch zu Gaius' Zeiten der Satz „incorporales res traditionem non recipere“ (und zwar auch mit Bezug auf den Niessbrauch) anerkannt gewesen sei; ein prätorisches Edict de usu fructu tradito sei also undenkbar, Stephanos auf frischer That ertappt. Was nun Ferrini hiegegen vorbringt, scheint mir freilich in keiner Weise beweiskräftig²⁾. Allein — und insofern hat Ferrini vollkommen Recht — ich war viel zu weit gegangen, wenn ich auf Grund jener einen constatirten Ungenauigkeit das

¹⁾ Suppl. Basil. ed. Zach. p. 44. — ²⁾ Eine Widerlegung seiner hieher gehörigen Ausführungen würde mich zu fern vom Gegenstande abführen; ich behalte mir vor, in anderm Zusammenhange darauf zurückzukommen.

Recht zu haben glaubte, nun jedweder historischen Notiz des Stephanos, ohne Rücksicht auf deren Inhalt und Zusammenhang, die Glaubwürdigkeit abzusprechen. Der von Stephanos benutzte Quellenkreis beschränkt sich ohne allen Zweifel nicht auf die Justinianische Compilation und deren Bearbeitungen. Ihm waren, wie Ferrini zeigt, byzantinische Werke der vorjustinianischen Zeit zur Hand, höchst wahrscheinlich Bearbeitungen der Ulpianischen libri ad Sabinum und ad edictum nach Art der Sinaifragmente, Werke, deren Verfasser die classischen Originalschriften vor Augen lagen und denen daher grobe Missverständnisse des classischen Rechts nicht zuzutrauen sind. Gewiss konnte Stephanos seinerseits mitunter diese seine byzantinischen Vorgänger missverstehen, und dies dürfte ihm bei Abfassung des erwähnten Scholion begegnet sein; an eine freie Erfindung der betreffenden Nachricht ist, wie ich gerne zugebe, nicht zu denken. Solche Missverständnisse dürfen wir aber nicht bei jeder uns unbequemen Ueberlieferung des Stephanos ohne weiteres unterstellen, und namentlich haben wir, wie Ferrini an der Hand einer Reihe von Beispielen nachweist, alle Ursache, den Berichten, die uns Stephanos über die Gestalt classischer Formeln giebt, Glauben zu schenken. Wenn er uns nun gar, wie es bei seiner Mittheilung über die formula prohibitoria der Fall ist, den lateinischen Namen und in griechischer Uebersetzung das Hauptstück der Formel wörtlich anführt, so spricht alles dafür, dass er dies Stück bei dem byzantinischen Autor, der ihm als Vorlage diente, und dieser wieder es bei dem classischen Juristen selbst vorgefunden hat; die Annahme eines Missverständnisses wäre hier fast ebenso sehr gegen die Wahrscheinlichkeit, wie die, dass ein Byzantiner sich eine solche Formel selbst combinirt hätte.

Hiemit fallen die Versuche, die ich vordem zur Erklärung des Berichts des Stephanos unternahm, in sich selbst zusammen, und es wäre überflüssige Mühe, zu untersuchen, was sich etwa aus inneren Gründen gegen jene Versuche beibringen liesse. Die formula prohibitoria hat existirt; es geht schlechterdings nicht an, sie hinwegzudeuten. Sofort erhebt sich aber dann wieder die Frage, welcher praktische Zweck diese Nebenform der negatorischen Klage ins Leben gerufen haben mag.

Zachariä¹⁾ glaubte seiner Zeit einige Fälle selbständiger Anwendung der *actio prohibitoria* gefunden zu haben. Da er aber diesen auch von Andern²⁾ scharf bekämpften Theil seiner Ausführungen inzwischen selbst hat fallen lassen³⁾, bedarf es eines näheren Eingehens hierauf nicht mehr.

Karlowa⁴⁾ vermuthet, die *formula prohibitoria* sei vielleicht vom Prätor ursprünglich zu dem Zwecke aufgestellt, um die Klage aus einer negativen Servitut, z. B. der *servitus altius non tollendi*, von der gegen die Anmassung der Servitut entgegengesetzten Inhalts, z. B. der *servitus altius tollendi*, gerichteten *negatoria* auch äusserlich zu unterscheiden. Dem gegenüber wäre zu bemerken, dass ein praktisches Bedürfniss für eine solche formelle Abgrenzung nicht abzusehen ist, und ohne solches Bedürfniss dürfte der Prätor schwerlich jemals thätig eingegriffen haben. Was soll aber gar den Prätor veranlassen haben, diese an sich schon überflüssige Formel auch noch ausserhalb des von Karlowa bezeichneten Gebiets concurrirend mit der *negatoria* zu gewähren, z. B. bei Personalservituten, wo sie uns gerade ausdrücklich bezeugt ist?

Umgekehrt will Voigt⁵⁾ die *formula prohibitoria* auf die Abwehr der Anmassung von Personalservituten beschränken, indem er der *negatoria* hier bloss restitutorische, der *prohibitoria* bloss prohibitorische Function zuschreibt. Allein diese ganz willkürliche Aufstellung widerspricht, wie Ferrini⁶⁾ mit Recht bemerkt, sowohl dem Bericht des Stephanos, der die *prohibitoria* für die *ἀσώματα* überhaupt bezeugt⁷⁾, womit doch nicht bloss die Personalservituten gemeint sein können, wie auch namentlich der Erwähnung der *prohibitoria* in D. (8, 5) 11.

Eigenthümlich fasst Ferrini selbst⁸⁾ das Problem an. Er meint, die *prohibitoria* sei die ursprünglich alleinige Form

¹⁾ Zschr. f. gesch. Rechtsw. XII S. 279 f. — ²⁾ Adolf Schmidt, ebendasselbst XV, S. 166 ff, H. Pernice, *comm. iur. Rom. duae* p. 170 sqq., Witte, Zschr. f. C. R. und Proz., N. F. XIII, S. 392 f. — ³⁾ Laut Mittheilung an Ferrini, s. diesen a. a. O. S. 99 n. 5. — ⁴⁾ Röm. Civ.-Proc. z. Zt. der Legisact. S. 95. — ⁵⁾ Berichte der kgl. sächs. Ges. d. Wiss. histor. phil. Kl. 1874, S. 220 fg. — ⁶⁾ A. a. O. S. 100. — ⁷⁾ Vgl. auch noch das unten S. 7 n. 1 angeführte Scholion zu Bas. LX, 16, 6. — ⁸⁾ A. a. O. S. 97 f.

für die petitorische Formel zur Abwehr von Servitutanmassungen gewesen. Die alte Gegenüberstellung von „ius non esse“ und „ius esse“, wie sie sich in den Legisactionen fand, habe dagegen beim Sponsionsprocess in der Fassung der Sponsionen fortgelebt. Die Entstehung der negatorischen Formel gehöre erst späterer Zeit an ¹⁾ und sei darauf zurückzuführen, dass die Fassung der prohibitorischen Formel deren Anwendung zum Zweck der Beseitigung bereits vollendeter Anlagen ausgeschlossen habe. Ferrini kehrt also einfach die von mir im Edictum perpetuum aufgestellte Hypothese um. Aber ich glaube, die seine ist nicht besser begründet als die meine. Er unterschätzt die Kraft der Selbsterhaltung, die in der einmal festgestellten Fassung einer Formel liegt. Jahrhunderte hindurch war man mit der negatorisch gefassten legis actio trefflich ausgekommen; sie war der Praxis vertraut; die interpretatio knüpfte daran an. Was in aller Welt sollte den Prätor veranlassen, diesen altbewährten Boden aufzugeben und für die petitorische Formel eine andere, die prohibitorische Fassung vorzuziehen? Das von Ferrini hervorgehobene Bedenken — die Fassung der negatoria erzeuge den Schein, freilich nur den Schein, als ob die Klage sich nicht auf eigenes Recht des Klägers, sondern nur auf den Mangel des Rechts beim Beklagten gründe —, dies Bedenken ist für den Prätor sicherlich nicht massgebend gewesen: denn über den wahren Sinn der negatorischen Fassung musste man sich schon in der Legisactionenzeit klar geworden sein, — hatte doch die Klage damals schon die gleiche Bedeutung wie später. Und welche Kurzsichtigkeit wird den Prätores zugemuthet, die die alte für alle Fälle passende Formulirung verlassen haben sollen, um eine neue für viele unpassende zu wählen und dann doch wieder auf Grund besserer Einsicht zu der früheren Fassung zurückzukehren! Auch kann gar nicht zugegeben werden, dass die formula prohibitoria zur Beseitigung einer bereits hergestellten Anlage nicht habe verwendet werden können; man kann ebensogut die Aufrechthaltung, wie die Herstellung eines Zustandes „prohibiren“; schon Schmidt ²⁾

¹⁾ Schott, S. 56 f., hat Ferrinis hieher gehörige Ausführungen anscheinend missverstanden. — ²⁾ Zschr. f. gesch. Rechtsw. XV, S. 165. Uebereinstimmend G. Segrè im bull. dell' istit. di dir. Rom. II, p. 109.

sagt mit Recht, er sehe nicht ein, was der Fassung im Wege stehen könnte: *ius sibi esse prohibere illum ita aedificatum habere*¹⁾.

Wenn Ferrinis Ausführungen in einer gewissen Beziehung zu denen in meinem Edictum perpetuum stehen, nur dass sie die dort vertheidigte Hypothese umkehren, so stellt sich dagegen Schott²⁾ im wesentlichen auf den Boden meiner früheren in dieser Zeitschrift aufgestellten Vermuthungen. Er verknüpft die formula prohibitoria mit dem Remissions- und Cautionsverfahren bei der operis novi nuntiatio. Bei der o. n. n. habe das „ius prohibendi“ als solches zur Entscheidung gestanden; der Prätor sei daher hier, wahrscheinlich beim Remissions- oder Cautionsformular, veranlasst gewesen, eine Sponsionsformel zu proponiren, etwa des Wortlauts:

*si ius mihi est te prohibere, ne me invito opus novum
q. d. a. facias etc.*

Aus D. (39, 1) 12 sei nun des weitern zu ersehen, dass nach Ableistung der cautio ex o. n. n. auch per formulam petitoriam processirt werden konnte, und zwar selbstverständlich über dasselbe, worüber man auch per sponsonem processirte: über das ius prohibendi des Nuntianten. Schott vermag nun keinen Grund gegen die Annahme zu entdecken, dass der Prätor im Anschluss an das Sponsionsformular auch eine auf das ius prohibendi als solches abgestellte einheitliche Actionsformel proponirt habe, — dies sei eben die formula prohibi-

¹⁾ Als Beleg für die Möglichkeit dieser Formulirung darf wohl auch das von Zachariä (arch. giurid. XLII, p. 171) neu beigebrachte schol. *τουτέστι* zu Bas. LX, 16, 6 — D. (47, 7) 6 § 2 — herangezogen werden. Hier war im Text gesagt, dass der Nachbar die herübergewachsenen Baumwurzeln nicht eigenmächtig abhauen dürfe, sondern klagen müsse, wie de tigno immisso oder de protecto: *ἀλλὰ κινεῖ ὡς περὶ ξύλου ἐμβληθέντος ἢ ἐκθέτου*. Dazu bemerkt der Scholiast (nach Ferrini l. c. Dorotheos): *‘τουτέστι, δύναται κινεῖν κατ’ ἐκείνου λέγων, μὴ ἔξεῖναι σοι ἔχειν τοῦτο τὸ δένδρον, ὥσπερ εἰ τὸ ξύλον ἢ ἐκθέτην ἐπιτίθῃσι τις κατὰ ἀλλοτρίον τοίχον ἢ αἶρος, κινεῖται κατ’ αὐτοῦ prohibitoria περὶ δουλείας in rem. Wenn auch in diesem Scholion der Anwendungsfall der prohibitoria mit den Worten „εἰ . . . ἐπιτίθῃσι (si . . . immittit)“ bezeichnet ist, so zeigt doch der commentirte Text wie der ganze Zusammenhang, dass damit die Klage de tigno iam immisso gemeint, jedenfalls auch gemeint sein muss. Hier ist also die prohibitoria de opere iam facto ausdrücklich bezeugt. — ²⁾ A. a. S. 69 ff.*

toria gewesen. Und da diese Formel je nach dem Prohibitionsgrunde ihrem materiellen Gehalte nach bald *confessoria* bald *negatoria* sei, so stehe auch der Annahme nichts entgegen, dass sie nicht bloss im Nuntiationsprocess, sondern auch im selbständigen Servitutenprocesse, falls es sich darin um ein *ius prohibendi* im technischen Sinne (d. h. in dem gleichen Sinn wie bei der o. n. n.) handelte, gebraucht worden sei.

Diesen Schottischen Ausführungen gegenüber erheben sich denn doch sehr schwere Bedenken. Vor allem ganz entscheidend der Bericht des Stephanos, der die *formula prohibitoria* für alle *ἀσώματα*, d. h. Servituten, nicht bloss für die, bei denen ein technisch sog. *ius prohibendi* in Frage steht, bezeugt und die *formula prohibitoria de usu fructu* wörtlich anführt. Hiebei kann aus den bereits angeführten Gründen ein Missverständniss des Stephanos nicht zu Grunde liegen. Auch das von H. Witte¹⁾ beigebrachte byzantinische Zeugniss bestätigt ausdrücklich die Anwendbarkeit der *prohibitoria* auf den Niessbrauch. Was sodann das Remissionsverfahren bei der o. n. n. angeht, so wurde in diesem, weil das Remissionsdecret seinem Wesen nach ein prohibitorisches Interdict war, sicherlich mittels einer Sponsion processirt (die aber anders gelautet haben muss, als Schott annimmt); ebenso gewiss aber war hier für eine petitorische *formula prohibitoria* kein Raum. Endlich vermag ich auch nicht in der *cautio ex o. n. n.* die Veranlassung zur Proponirung der *formula prohibitoria* zu erblicken: es bestand auch aus dem Gesichtspunkt dieser Caution nicht das geringste Bedürfniss für die Aufstellung einer neuen Formel. Die o. n. n. charakterisirt sich als eine provisorische Massregel zum Schutze eines schon ohnedies vorhandenen und mit Klage ausgerüsteten Verbiethungsrechts; die *cautio ex o. n. n.*, indem sie diese provisorische Massregel unwirksam macht, soll gleichzeitig Sicherheit für die Wirksamkeit des endgiltig festgestellten Verbiethungsrechts gewähren. In dieser Sicherheitsvorkehrung liegt aber m. E. schlechterdings nichts, was den Prätor bestimmen haben könnte, an Stelle der auf die einzelnen Verbiethungsrechte zugeschnittenen besonderen Klagformulare ein

¹⁾ Zschr. f. G. R. u. Proc. N. F. XIII, S. 392

allgemeines lediglich auf das *ius prohibendi in abstracto* abgestelltes zu setzen. Die negatorisch gefasste Specialformel leistete alles das, was die prohibitorisch gefasste allgemeine Formel hätte leisten können.

So sind wir denn, wie es scheint, auch heute nicht weiter gelangt, als wir es schon nach der ersten Abhandlung Zachariäs waren: die Existenz der *formula prohibitoria* darf als gesichert gelten, der Grund dieser Existenz aber bleibt ebenso dunkel, als er es damals war, und wer, wie Verfasser dieses, bereits zwei, wie er jetzt anerkennen muss, vergebliche Versuche zur Lösung des Räthsels gemacht hat, möchte wohl noch mehr Ursache haben als Andere, sich bei der Kunst des Nichtwissens zu bescheiden. Allein ein Problem, das uns Jahre hindurch beschäftigt hat, lässt sich nicht immer beliebig abschütteln, und so wird es mir, hoffe ich, nachgesehen werden, wenn ich nochmals mit einer Hypothese vor die Oeffentlichkeit trete.

Es ist bekanntlich bestritten, ob die *actio negatoria* durch jedweden partiellen Eingriff in das Eigenthumsrecht begründet werde oder nur durch ein solches Verhalten, das den Inhalt einer Servitut (nach Andern: eines Rechts überhaupt) zu bilden geeignet ist. Meiner Ueberzeugung nach ist die zweite Ansicht die allein haltbare. Um von anderem zu schweigen, schon die Fassung der Formel scheint mir schlechterdings entscheidend. Eine Klage mit der *intentio „s. p. N° N° ius non esse“* ist sinnlos, wo an ein Recht des Gegners, so wie geschehen zu verfahren, gar nicht gedacht werden kann. Solchen Falls mag *actio iniuriarum*, *interdictum quod vi aut clam*, vielleicht auch *actio legis Aquiliae* am Platze sein, sicher aber keine *actio negatoria*. Man wird aber vom Standpunkte des römischen Rechts sogar denen beitreten müssen, die das Gebiet der *negatoria* noch mehr einschränken: zur Ertheilung dieser Klage kam es im römischen Process nur dann, wenn der Gegner das betreffende Recht auch wirklich vor Gericht für sich in Anspruch nahm. Es ist das leicht einzusehen. Der heutige Kläger kann im voraus nicht mit völliger Sicherheit wissen, wie sich der Beklagte zu seiner Klage stellen wird, namentlich also auch der durch thatsächliche Servitutausübung in seinem Eigenthum Beeinträchtigte nicht,

ob der Beklagte vor Gericht die fragliche Servitut wirklich für sich behaupten wird. Die Folge ist, dass er, um auf jede Eventualität gerüstet zu sein, sofort die negatorische Klage erhebt, d. h. Feststellung der Freiheit seines Eigenthums verlangt. Nicht so der römische Kläger. Ueber die Frage, welche Formel zu erbitten und zu ertheilen sei, entschied erst das Ergebniss des Verfahrens in iure. Nun war in Fällen, wie sie uns hier beschäftigen, ganz nothwendig die erste Frage, die sei es der Kläger sei es der Prätor an den in ius vocirten Gegner that, die, ob dieser ein Recht zu dem Verhalten beanspruche, das die in ius vocatio veranlasst hatte. Schwiag er auf diese Frage, so fehlte es am *uti oportet se defendere*, und es kam jetzt zur Ertheilung nicht der *negatoria*, sondern eines dem *Interdictum Quem fundum* entsprechenden *Interdicts*¹⁾. Verneinte er die Frage, so war ebenfalls keine Veranlassung, die *negatoria* zu erbitten oder zu ertheilen: wozu eine Klage *ius tibi non esse*, wo der Gegner nicht behauptet *ius sibi esse*? Nur eine *actio iniuriarum* oder ein *interdictum quod vi aut clam* oder eine ähnliche Klage konnte hier angezeigt erscheinen. Als einziger Fall der *negatoria* bleibt also der übrig, wo der Gegner ein Recht des ihm bestrittenen Inhalts in Anspruch nimmt. Ein Recht: und zwar ist hier, wenn nicht einzig, jedenfalls in erster Linie an eine Servitut zu denken. Nun kennt aber — und dies ist der entscheidende Punkt — das classische Recht zwei Arten von Servituten, wie ja auch zwei Arten des Eigenthums: civile Servituten und solche, die nur *tuitio praetoris* bestehen. Sofort leuchtet ein, dass die *negatoria* nur gegenüber der Anmassung einer civilen Servitut die geeignete Klage war. Die prätorische Servitut war ja kein „ius“ in technischem Sinne, daher gegenüber dem Gegner, der z. B. einen Niessbrauchsanspruch auf *pacta et stipulationes* stützte, ein „s. p. N° N° *ius non esse uti frui etc.*“ völlig sinnlos: diese *intentio* hätte jenem ein Recht bestritten, das er gar nicht für sich behauptete. Für die Abwehr einer auf prätorisches Recht gestützten Servitutanmassung bedurfte es also einer besonderen Formel, und meine Vermuthung ist einfach die, dass diese Formel eben die *prohibitoria* gewesen ist.

¹⁾ S. mein *Ed. perp.* § 248². 255.

Wenn der civile Eigenthümer die Anmassung prätorischer Servitut abwehrt, kann seine Klage selbstverständlich nur eine civile sein — was er geltend macht, ist ja doch nur sein civiles Eigenthum —, und ich meine, die Fassung „s. p. A° A° ius esse prohibendi N^m N^m etc.“ ergab sich hier von selbst. Die Servitutbehauptung selbst aber trat dieser Klage gegenüber als exceptio hervor, ganz wie die Behauptung prätorischen Eigenthums der rei vindicatio gegenüber (nebenbei ein für die Frage der Beweisvertheilung bei der negatoria vielleicht nicht uninteressantes Resultat). Auf den bonitarischen Eigenthümer sodann wurde, wie schon Zachariä¹⁾ bemerkt hat, die prohibitorische Formel mittels publicianischer Fiction übertragen.

Die Hypothese, die ich hier aufstelle, verträgt sich aufs beste mit den byzantinischen Zeugnissen. Zwar wird uns hier nirgends gesagt, dass die prohibitoria in dem soeben erwähnten Fall Anwendung finde, überhaupt nicht, dass sie ein anderes Anwendungsgebiet habe als die negatoria. Allein da das Justinianische Recht die prätorischen Erwerbsformen mit civiler Wirksamkeit ausgestattet hatte, bestand für die Byzantiner zu einer derartigen rein historischen Mittheilung keinerlei Veranlassung. Die prohibitoria in unserem Sinne deckt ferner eine offenbare Lücke des Klagensystems, die wir, auch wenn die Byzantiner uns von der prohibitoria nichts erzählten, auf irgend eine Weise auszufüllen suchen müssten. Unsere Hypothese erklärt weiter aufs beste, was mir früher unerklärlich schien²⁾: wie es nämlich kommt, dass die Digesten und zumal die Fragmente der Edictcommentare die prohibitoria nirgends ausdrücklich erwähnen, während die Byzantiner die Klage nennen und als noch praktisch behandeln. Ich meinte, wenn es im classischen Recht eine von Justinian nicht abgeschaffte formula prohibitoria gegeben hätte, so müsste diese in den Digesten deutlichere Spuren hinterlassen haben. Allein die Sache liegt sehr einfach. Wenn unsere Hypothese richtig ist, so wird in der Regel da, wo die classischen Juristen der prohibitoria Erwähnung thaten, dies unter Hervorhebung des Umstands geschehen sein, dass es sich hier um die Abwehr

¹⁾ A. a. O. S. 287 f. — ²⁾ S. diese Zschr. II S. 78 f., ed. perp. S. 149 f.

der Anmassung einer bloss prätorischen Servitut handle. Nun unterscheidet das Justinianische Recht principiell nicht mehr zwischen civilen und prätorischen Servituten, wenn sich auch noch in einzelnen Stellen Spuren der alten Zwiespältigkeit erhalten haben. Die Folge war also, dass die Compileren nothgedrungen alle jene Stellen nicht oder nur verändert aufnehmen konnten. Die prohibitorische Fassung der Formel aber zu missbilligen, die negatorische für die allein mögliche zu erklären, dazu hatten die Compileren nicht die geringste Ursache, ja vom Standpunkte ihres Processrechts, das auf die *verborum observantia* kein Gewicht legt, nicht einmal die Möglichkeit. Die prohibitorische Fassung blieb also in Uebung, und das um so sicherer, als ja die jetzt allein noch als solche anerkannten Servituterwerbformen gerade die des prätorischen Rechts waren: die Praxis war just auf diesem Gebiet an die prohibitorische Fassung gewöhnt und gab diese Gewohnheit verständlicher Weise nicht ohne weiteres auf.

Zu den beiden Digestenstellen, in denen Zachariä Spuren der *formula prohibitoria* entdeckt hat, stelle ich mich jetzt folgendermassen. Dass in D. (7, 8) 5 pr. die Worte „*vel sibi ius esse prohibendi*“, wenn die Stelle wirklich genau so aus der Feder Ulpians geflossen ist wie wir sie jetzt lesen, nicht auf die *formula prohibitoria* bezogen werden können, halte ich auch jetzt noch fest, aus den von mir in dieser Zschr. Bd. II S. 73 f. angeführten Gründen. Doch finde ich es mit Ferrini¹⁾ höchst wahrscheinlich, dass die Stelle in der That nicht so von Ulpian geschrieben ist; Ulpian wird ausdrücklich von der *formula prohibitoria* gehandelt und ihre Fassung zur Erläuterung der Bedeutung der negatorischen *intentio* verwerthet haben; die Compileren zogen dann seine Ausführung ungeschickt zusammen. Auch in D. (8, 5) 11 stehen Interpolationen zu vermuthen. Die Stelle lautet:

An unus ex sociis in communi loco invitis ceteris iure

¹⁾ A. a. O. S. 96. Wenn Ferrini freilich an dem „*cum invito se negat ius esse utendi fructuario vel sibi ius esse prohibendi*“ grammatischen Anstoss nimmt, da ja das *negat* zu dem *vel sibi ius esse prohibendi* gar nicht passe, so kann ich ihm hierin nicht beitreten. Diese nachlässige Construction findet sich bei den besten lateinischen Schriftstellern, selbst bei Cicero.

aedificare possit, id est an, si prohibeatur a sociis, possit cum his ita experiri ius sibi esse aedificare, et an socii cum eo ita agere possint ius sibi prohibendi esse vel illi ius aedificandi non esse: et si aedificatum iam sit, non possit (num possint *scr. sec. dett.*) cum eo ita experiri ius tibi non esse ita aedificatum habere, quaeritur. et magis dici potest prohibendi potius quam faciendi esse ius socio, quia magis ille, qui facere conatur ut dixi, quodammodo sibi alienum quoque ius praeripit, si quasi solus dominus ad suum arbitrium uti iure communi velit.

Auffallend ist in dieser Stelle, dass Marcellus gegenüber dem vollendeten Bau die prohibitorisch gefasste Formel nicht erwähnt und dass er die aufgeworfenen Fragen anscheinend nur indirect beantwortet, indem er zwar die Existenz des ius prohibendi bejaht, über die Klagformel sich aber nicht weiter äussert, — so dass man sogar darüber streitet, ob die Entscheidung des Juristen auf Gewährung oder Versagung der vorher von ihm genannten Klagformeln hinauslaufe. Es ist mir zunächst sehr wahrscheinlich, dass Marcellus sich über die Frage, ob negativ oder prohibitorisch zu formuliren sei, näher ausgelassen, die Compileren aber diesen Passus aus den eben angegebenen Gründen gestrichen und so den gegenwärtigen Zustand der Stelle herbeigeführt haben. Wie aber wird die Entscheidung des Marcellus wirklich zu verstehen sein? M. E. hat der Jurist die prohibitoria gewähren, die negatoria aber versagen, wegen des vollendeten Baues aber überhaupt kein Rechtsmittel zugestehen wollen. Marcellus wird so wenig wie irgend ein anderer uns bekannter römischer Jurist ¹⁾ darüber gezweifelt haben, dass das zwischen den socii streitige ius faciendi oder prohibendi nicht nach Servitutrecht zu beurtheilen sei; eben darum aber musste er Anstand nehmen, hier diejenige Formel zuzulassen, in der das bestrittene Recht die von Alters her übliche technische Formulirung einer Servitut erhielt. Ein besonderes „ius“ aedificandi nahm der socius ja gar nicht für sich in Anspruch, die Klage „aio tibi ius non esse aedificare“ wäre also ein Stoss ins Leere ge-

¹⁾ Vgl. Paul. (8, 2) 26, Papin. (10, 3) 28.

wesen. Dagegen musste es sehr nahe liegen, hier die prohibitorische Formel heranzuziehen. War sie auch eingeführt zur Abwehr anders gearteter Eingriffe in das Eigenthum, so blieb gleichwohl unbestreitbar, dass der Eigenthümer mit ihr lediglich das in seinem Eigenthum enthaltene *ius prohibendi* geltend mache¹⁾; bestand nun das *ius prohibendi* auch gegenüber der Bauabsicht des Miteigenthümers, so liess sich kein formeller Grund ersehen, die Formel hier für unanwendbar zu erklären; eine äusserlich erkennbare Beziehung auf *Servitutanmassung* trug sie nicht an sich. Warum aber wird in der Fragstellung die *prohibitoria* als denkbare Klage nur gegenüber dem beabsichtigten oder angefangenen, nicht gegenüber dem vollendeten Bau des *socius* erwähnt? Man hat gemeint, weil ein vollendeter Bau nicht mehr „prohibirt“ werden könne. Allein wenn ich auch dahingestellt sein lassen wollte, ob es eine auf „*ius esse prohibendi ita aedificatum habere*“ gestellte *intentio* gegeben hat²⁾: irgend eine Formel muss es gegeben haben, um die Beseitigung eines Baues, z. B. eines Vordachs oder Balkons, zu erlangen, den ein Anderer auf Grund der Anmassung prätorischer *Servitut* errichtet hatte, und wenn zuvor der Jurist keinen Anstand nahm, die *prohibitoria* heranzuziehen, so müssten wir, so scheint es, nunmehr die Erwähnung dieser anderen wie immer gefassten Formel erwarten. Vielleicht haben auch hier die Compileroren eingegriffen; doch ist auch eine andere Erklärung möglich. Wir wissen aus D. (10, 3) 28, dass Papinian dem *socius* ein Recht auf Beseitigung des vollendeten *opus* in der Regel³⁾ nicht zusprach, und auch die Entscheidung des Marcellus scheint darauf hinauszulaufen. Verneinte nun aber Marcellus das Recht auf Beseitigung des Baues, dann war die Frage der Formel für ihn ganz unerheblich, und es würde sich begreifen, dass er hier nicht alle in abstracto denkbaren Formeln aufführte, sondern sich mit der einen negatorisch gefassten begnügte.

¹⁾ Ich halte es daher auch keineswegs für unmöglich, dass die einmal eingeführte *formula prohibitoria* auch zur Abwehr civiler *Servituten* verwendet werden konnte; die Formel passte auch auf diesen Fall. — ²⁾ S. oben S. 6 f. — ³⁾ Die Worte „*si, cum prohibere poterat, hoc praetermisit*“ sind mir — nebenbei bemerkt — nicht unverdächtig.

II.

Beiträge zur Interpretation von Scävolas Digesten II.

Von

Herrn Geheimerath Professor Dr. **Th. Schirmer**
in Königsberg.

1. L. 122 § 5 D. V. O. 45, 1. Seia heres unius tutoris, cum herede pupillae transactione pacto solo facta, maiorem partem solvit, residuam cavit: sed ilico negavit heres se transactionem servare et apud iudicem tutelae egit et victus provocavit ad competentem iudicem et ab eo quoque ad principem idem provocavit, et iniusta haec quoque provocatio eius pronuntiata est. quaesitum est, cum per heredem pupillae mora intercesserit, quominus pecunia in stipulationem deducta ab herede tutoris solveretur, nec unquam petierit, an ei hodie debeantur usurae ab herede tutoris. respondit, si Seia non cessasset ex stipulatione pecuniam offerre, iure usuras non deberi. (Scaevola lib. 28 Dig.)

In der vorliegenden Stelle springt eine Schwierigkeit sofort in die Augen; die Vormundschaftsklage ist von dem Erben der Mündelin nutzlos verbraucht, der Process bis in die höchste Instanz gediehen und dort mit Rücksicht auf den zwischen den Parteien abgeschlossenen Vergleich zu Ungunsten des Klägers entschieden worden. Ihm bleibt also einzig die Klage aus der Stipulation auf die Zahlung der versprochenen Restsumme. Wie kann nun aber dabei die Leistung von Verzugszinsen in Frage kommen, welche officio iudicis praestantur, also nur in bonae fidei iudiciis gefordert werden können? — Man hat sich deshalb von frühen Zeiten her zu der Annahme gedrängt gesehen, die Stipulation habe direct oder indirect die Zinsverpflichtung des Schuldners mit umfasst. Noch

F. Mommsen meint in seinen Beiträgen zum Obligationenrecht Bd. III § 24 Anm. 10, dass „die Stipulation wohl auf dasjenige lautete, was die *Seia ex causa transactionis* noch zu leisten hatte. Man müsste sonst annehmen, dass in dem zur Entscheidung stehenden Fall ausdrücklich, aber nur für den Fall der *Mora*, Zinsen versprochen seien“. Dies letztere war bekanntlich die bei den Aeltern herrschende Meinung, vgl. Glück, Comm. Bd. IV p. 419 Anm. 67. Es ist begreiflich, wenn Mommsen in derselben nur einen äussersten Nothbehelf erblicken will, denn wie darf man dem Juristen die Ungeheimtheit zutrauen, er habe bei seiner Angabe des Inhalts der Stipulation gerade das für die aufgeworfene Frage Wesentliche, die ausdrückliche Verheissung von Zinsen im Falle eines Verzuges einfach weggelassen. Aber auch Mommsens eigene Auffassung ist mit dem Wortlaute des Fragmentes nicht in Einklang zu bringen; *maiores partem solvit, residuum cavit*, heisst es da. Wie die *maior pars*, welche gezahlt ist, nur eine bestimmte Geldsumme sein kann, so lässt sich auch unter dem *residuum cavit* nur die Stipulation einer ebensolchen Geldsumme verstehen. Zudem, ein *quidquid ex transactione dare facere oportet* ist bei dem formlosen Abschlusse des Vergleichs streng genommen gar nicht einmal vorhanden, die Fassung der Stipulation müsste also auf *quantum ea res est* oder *quantum interest* gelaute haben, was mit dem einen Worte „*residuum*“ um so weniger angedeutet werden durfte, je unwillkürlicher dabei ein Jeder zunächst an eine bestimmte Summe denken musste. Vergessen wir doch nicht, Scävola ist gerade in der knappen und correcten Darlegung der dem Rechtsfall unterliegenden Thatfachen ein unübertroffener Meister, und hier sollte er sich nun so zweideutig und irreleitend wie möglich ausgedrückt haben! Sonach wird kaum etwas anderes übrig bleiben, als die Leistung der Verzugszinsen mit Cujacius (in den Noten zum Titel *de verbor. obl.* bei unserem Paragraphen) in Verbindung mit der Klage aus der Vormundschaft zu bringen.

Allein wie kann aus dem bereits durch sämtliche Instanzen hindurch gezogenen Processe noch ein Urtheil in Aussicht stehen? Wie ich meine, bietet uns unser Text dafür allerdings einen gewissen Anhalt. Als Gegenstand des Streites

zwischen den Parteien wird uns ausschliesslich die rechtsverbindliche Kraft des Vergleiches genannt; nur darüber, so darf man schliessen, sind die von Scävola erwähnten, wiederholten Entscheidungen ergangen. Es handelt sich also um ein in dem Rechtsstreite gefälltes Zwischenurtheil. Dass solche Zwischenurtheile appellabel waren, wenigstens zu Scävolas Zeiten, ersehen wir aus

L. 39 D. de minor. 4, 4. Intra utile tempus restitutionis apud praesidem petierunt in integrum restitutionem minores et de aetate sua probaverunt: dicta pro aetate sententia adversarii, ut impedirent cognitionem praesidis, ad imperatorem appellaverunt: praeses in eventum appellationis cetera cognitionis distulit. (Scaevola lib. 2 Dig.)

Also nur bezüglich des Alters der die Restitution Verlangenden hat der Statthalter erkannt, alles andere bleibt noch zu erledigen; nichtsdestoweniger wird der Berufung an den Kaiser ohne alles Bedenken Raum gegeben, und die Fortsetzung des Verfahrens einstweilen eingestellt. (Vgl. Planck, Bew.-Urth. p. 106 Anm. 1.) Wenn hiernach zweifellos dargethan ist, dass zu jener Zeit auch Zwischenurtheile durch Berufung an den höheren Richter angefochten werden durften, so bleibt es doch fraglich, ob gleicherweise in dem regelmässigen Processe von dem durch die Formel bestellten iudex privatus derartige appellable Interlocute erlassen werden konnten. Die L. 39 cit. redet nämlich von in integrum restitutio, also einem Falle der extraordinaria cognitio; ebenso ist in L. 4 C. de sent. quae sine cert. quant. VII, 46 mit ausdrücklichen Worten gesagt, dass das dort erwähnte Interlocut von einem Richter, qui extra ordinem iudicabat, gesprochen sei, und aus

L. 2 D. de app. recip. 49, 5. Ante sententiam appellari potest, si quaestionem in civili negotio habendam iudex interlocutus sit, vel in criminali, si contra leges hoc faciat (Scaevol. lib. 4 Regul.)

könnte man argumento a contrario sogar entnehmen, wenn man die Stelle überhaupt auf den ordentlichen Civilprocess bezieht, dass nur in dem dort genannten Falle die Appellation gegen ein Interlocut des Iudex zulässig sei. Mindestens

ist dies Fragment durchaus ungeeignet, den Beweis zu erbringen, dass die Zwischenbescheide des Richters im Formularverfahren regelmässig im Wege der Appellation anfechtbar waren.

Nun hat aber schon Cujacius a. a. O. (O. O. Neap. 1722 Tom. X p. 549) unter Berufung auf L. 38 pr. D. de minor. 4, 4, wo der Prätor als untere, der praefectus urbi als zweite Instanz auftreten, bemerkt, dass in unserem § 5 unter dem *competens iudex* eben der praef. urbi, unter dem *iudex tutelae* — denn so verbindet Cujacius die Worte — der praetor tutularis zu verstehen sei (vgl. auch Mommsen, Staatsrecht Bd. II p. 945 Anm. 3), und Gradenwitz (in dieser Zeitschrift Bd. VII p. 64) erblickt in dem *competens iudex* sogar eine Justinianische Interpolation. Man mag ihm darin beistimmen, obschon nicht recht abzusehen ist, weshalb die Compileren in dem einen Fragmente abändern, was sie in dem anderen, der L. 38 pr. cit. ungeändert haben stehen lassen. Ob auch die Worte „*apud iudicem tutelae egit*“ auf einer Interpolation beruhen, darüber spricht sich Gradenwitz selbst mehr zweifelnd aus. Zieht man, was sprachlich am nächsten liegt, *tutelae* zu *egit*, so erscheint *apud iudicem* nichtssagend und selbst ungenau, man müsste denn eine concurrirende Gerichtsbarkeit des *iudex* mit einer sonstigen Behörde, etwa dem praetor tutularis, annehmen. Verbindet man *apud iudicem tutelae*, so kann man allenfalls durch den Hinweis auf den *iudex tutelaris* bei Paul. R. S. V, 16 § 2 den *iudex tutelae* in L. 122 § 5 D. V. O. zu halten versucht sein, jedoch steht dann wieder das *egit* in auffallender Weise isolirt, wiewohl bei dieser Bezeichnung des Richters kein Zweifel obwalten kann, dass eben die *actio tutelae* gemeint ist. Man kann eben nur so viel sagen, eine gewisse Wahrscheinlichkeit liegt vor, dass auch bei diesen Worten der ursprüngliche Text absichtlich geändert oder zufällig verderbt sei. Wie man nun aber auch darüber denken mag, dass das Verfahren vor dem praetor tutularis in den ihm überwiesenen Cognitionen über die Bestellung, Excusation und Remotion von Vormündern das der extraordinaria cognitio war, steht ausser allem Zweifel. Gilt jedoch das Gleiche hinsichtlich der *actio tutelae*? Ja, gehörte diese Klage überhaupt vor sein Forum, war er dafür ausschliesslich

oder neben dem regelmässigen Gerichte competent? Heisst *iudex tutelae* und *iudex tutelaris* in den angezogenen Stellen (vgl. auch Rudorff, Vormundschaft Bd. I p. 346 Anm. 38) nicht vielleicht bloss „der für die Vormundschaftsklage bestellte *iudex privatus*“ ohne alle Beziehung auf den *praetor tutelaris*? Hierfür lässt sich einmal der Bericht des Julius Capitolinus vit. Marc. c. 10 § 11: „*Praetorem tutelarem primus fecit, cum ante tutores a consulibus* (cf. Suet. Claud. c. 23 Plin. ep. IX, 13 § 16) *poscerentur, ut diligentius de tutoribus tractaretur*“ anführen. Der Schriftsteller beschränkt augenscheinlich den Geschäftskreis der neu creirten Magistratur auf die Bestellung der Vormünder und was damit zusammenhängt. Dann ist in den uns erhaltenen Fragmenten aus Ulpians und Paulus' *liber singularis de officio praetoris tutelaris* (L. 3. 5. 9, L. 6 § 13. 19 D. de excus. 27, 1 fr. Vat. § 232—236. 238—242. 244. 245. 247) überall nur von Vormundsbestellung und Excusation, nirgends von Verhältnissen die Rede, die mit der Vormundschaftsklage in Zusammenhang gebracht werden könnten. Endlich ist die Competenz zur Ernennung u. s. w. von Vormündern bekanntlich von Alters her eine von der regelmässigen *iurisdictio* völlig gesonderte gewesen (L. 6 § 2 D. de tutel. 26, 1, L. 8 pr. D. de tut. dat. 26, 5), und so natürlich es auf den ersten Blick erscheinen mag, die Entscheidung über die gegenseitigen Ansprüche aus der Verwaltung der Vormundschaft in dieselbe Hand zu legen, welcher die Ernennung der Vormünder anvertraut ist, m. a. W. die *actio tutelae* gleichfalls dem *praetor tutelaris* zuzuweisen, so haben wir doch nicht den mindesten Anhalt dafür, dass dies bei den Römern wirklich geschehen sei.

Dennoch zeigt das Verfahren bei der *actio tutelae* im Vergleich mit den übrigen Civilklagen einzelne Besonderheiten. In Veranlassung eines Decretes des Kaisers Severus war dem Richter zum Zwecke der Prüfung der seitens der Vormünder geführten Verwaltung des Vermögens der Mündel gestattet worden, in Ermangelung anderer Documente die von den Sklaven angefertigten Rechnungen einzufordern und durchzusehen, und daran hatte sich dann die Möglichkeit einer *quaestio de servis* angeschlossen; ein Vorgehen, welches ursprünglich keineswegs in der Machtvollkommenheit des *iudex*

privatus gelegen hatte, und welches Ulpian in L. 1 § 3 D. de act. tut. 27, 3 wesentlich nur durch die Berufung auf die üblich gewordene Praxis rechtfertigt: „de servis quoque interrogationes, sed et quaestiones habendas et hoc officio iudicis convenire placuit“. Dabei sollte nicht ohne weiteres zur Folterung der Sklaven geschritten werden, sondern, wie der Schluss des Paragraphen besagt, erst dann, wenn die Sklaven von der Gegenpartei einer Fälschung der Rechnungen bezichtigt wurden. Die gleiche Ausnahmestellung der actio tutelae bezeugt

Paul. R. S. V, 16 § 2. Iudex tutelaris itemque centumviri, si aliter de rebus hereditariis vel de fide generis instrui non possunt, poterunt de servis hereditariis habere quaestionem.

Man wende nicht ein, dass der unmittelbar vorausgehende Satz diese Befugniß dem Richter auch in anderen Civilklagen gewähre, sobald es sich um eine eigene Handlung des Sklaven fragt. Dort ist nämlich nur von dem Rechte zur interrogatio die Rede; interrogare und quaestionem habere sind aber, wie eben L. 1 § 3 D. de tut. act. zeigt (vgl. auch L. 9 § 1 D. de quaest. 48, 18, L. 58 § 2 D. de aedil. ed. 21, 1, L. 6 C. de quaest. IX, 41), durchaus nicht gleichbedeutend. Und wenn Aquila in L. 34 D. de adm. tut. 26, 7 mit Beziehung auf die Vormundchaftsklage bloss von der interrogatio spricht, so erklärt sich das daraus, dass es sich in dem ihm zur Begutachtung vorgelegten Falle, wenigstens zunächst nur um das Verhör, nicht um die Tortur der Sklaven handelte. — In L. 9 pr. D. de quaest. legt Marcian augenscheinlich das Hauptgewicht darauf, dass in Civilsachen die Folterung der Sklaven nur ganz ausnahmsweise stattfinden dürfe. Allerdings ist wohl das dort angezogene Rescript des Antoninus Pius ursprünglich weiter gegangen, nicht sowohl in Betreff der speciellen Voraussetzung für die Zulässigkeit der quaestio, denn „si aliter veritas inveniri non possit“ war auch da gesagt, als hinsichtlich der Gattungen von Rechtsstreitigkeiten, im Rescript hiess es schlechtweg „in pecuniaria causa“, bei denen eine quaestio statthaben durfte. Allein dem trat alsbald eine beschränkende Praxis entgegen, die in den Verordnungen des Severus bekräftigt wurde, und als deren Resultat wir den in

der ausgeschriebenen Sentenz des Paulus angegebenen Rechtszustand zu betrachten haben. — Dass ferner das auf Vornahme der quaestio lautende Zwischenurtheil des iudex, weil seine Ausführung nicht wohl ohne wesentliche Schädigung der Interessenten möglich war, der Appellation unterlag, haben wir schon aus L. 2 D. de app. recip. gesehen. Liess man aber einmal die Berufung gegen diese Interlocute zu, so war es kaum zu vermeiden, dass sich dieselbe auch anderen Zwischenbescheiden gegenüber, welche für den Ausgang des ganzen Processes präjudicirlich waren, nach und nach einbürgerte. Wir dürfen nach alledem für die Zeit des Scävola die Appellabilität der Interlocute, wenn nicht in weiterem Umfange, so doch jedenfalls bezüglich der actio tutelae, auch da, wo diese Klage mittelst des Formularverfahrens zum Austrage gebracht wurde, ohne Bedenken annehmen, und in dem so gestalteten Processe eine Uebergangsform zwischen jenem und der extraordinaria cognitio erblicken. Vielleicht hängt es mit dieser Entwicklung der Vormundchaftsklage zusammen, dass sich in den betreffenden Titeln der Justinianischen Compilation so gut wie gar kein Material zur Reconstruction der im Edict für die actio tutelae aufgestellten Formel erhalten hat. Somit erscheint es nicht unberechtigt, die in L. 122 § 5 D. V. O. erwähnte Appellation als eine solche gegen ein Zwischenurtheil anzusprechen. Die in der Stelle selbst angegebenen Momente weisen darauf hin, und die allgemeinen processualischen Grundsätze stehen hier wenigstens nicht im Wege.

Allein es bleibt noch ein Bedenken zu erledigen übrig. Musste die Berufung auf den abgeschlossenen Vergleich, wenn dieser für rechtsbeständig erklärt war, nicht die Abweisung des Klägers zur Folge haben? Hatte die Verhandlung als extraordinaria cognitio stattgefunden, so war das sicherlich nicht geboten. Beklagte räumte ja ein, aus der Vormundschaft auf Grund des Vergleiches noch eine bestimmte Summe schuldig zu sein, der erkennende Richter war also nicht gehindert, sie darauf zu verurtheilen. Nicht anders steht es, wenn die Einrede des Transacts nur in der Gestalt der allgemeinen exceptio doli, quae bonae fidei iudiciis inest, geltend gemacht, nicht aber als ausdrückliche exceptio der Formel in-

serirt wurde. Denn von einer Novation konnte bei der Formlosigkeit des Vergleichs keine Rede sein, und auch die über die Restsumme abgeschlossene Stipulation änderte daran nichts. Allein wenn nun wegen des Vergleiches eine ausdrückliche *exceptio* in die Formel aufgenommen war? Möglich, dass der Prätor dieselbe unter solchen Umständen als überflüssig überhaupt nicht zuliess. Wo dies aber dennoch geschah, konnte sie nur als *exceptio condemnationem minuens* wirksam werden. Sehen wir nämlich von der Stipulation auf den Rest der Vergleichssumme einstweilen ab, so blieb, wenn der Gegner nicht freiwillig leistete, dem Erben des Pupillen durchaus keine Wahl; er hatte nur die *actio tutelae*, um seine Ansprüche wahrzunehmen; auch kann er sich bei der *incerta intentio* der Klage keiner *pluris petitio* schuldig machen (Gai. IV § 54), seine Abweisung ist also unmöglich. Sie konnte aber auch nicht deshalb erfolgen, um ihn auf die Stipulationsklage zu verweisen, da es ungereimt ist, einen zweiten Process zu provociren, wo man mit dem ersten zum Ziele gelangen kann; auch deckte sich, wie eben die Frage nach etwaigen Verzugszinsen in unserem Paragraphen zeigt, das Object in den beiden Processen nicht vollständig.

Die sachliche Entscheidung in unserem Paragraphen macht keine Schwierigkeiten. Scävola steht anscheinend noch ganz auf dem Standpunkte des Marcellus in L. 28 § 1 D. de adm. tut. 26, 7. Erst durch eine Reihe von Constitutionen des Severus (cf. L. 26 § 1 D. de fideic. lib. 40, 5) ist der Begriff der *mora ex re* zu Gunsten der Minderjährigen, deren Folgen in innerlich durchaus consequenter Weise nur durch Deposition, nicht durch Oblation der schuldigen Leistung abgewendet werden konnten, in der römischen Jurisprudenz zur allgemeinen Anerkennung gelangt. Daher die verbessernde Note des Ulpian zu Marcellus a. a. O. Vgl. auch Papinian in L. 1 § 3 D. de usur. 22, 1. Diese Theorie ist denn auch die des Justinianischen Rechts. Auf die Erben der Minderjährigen sollte davon aber keine Anwendung gemacht werden. Das zeigt auf das deutlichste die Einschlebung der L. 29 D. de adm. tut. hinter die Note des Ulpian. So konnte denn auch das Responsum des Scävola, wonach es für den besprochenen Fall einzig auf die gewöhnliche *Mora ex persona*

ankommt, die durch einfache Oblation ausgeschlossen wird, unverändert in Justinians Digesten aufgenommen worden.

2. L. 35 pr. D. de donat. 39, 5. Ad eum, quem manumiserat, epistulam misit in haec verba: „Titius Sticholiberto suo salutem. cum te manumiserim, peculium quoque tuum omne, quidquid habes tam in nominibus quam in rebus moventibus sive in numerato, me tibi concedere hac epistula manu mea scripta notum tibi facio.“ eundem libertum testamento ex besse scripsit heredem, Sempronium ex triente: nec peculium Sticholegavit nec actiones praestari iussit. quaesitum est, utrum in assem Stichio actio detur eorundem nominum, quae in peculio habuit, an utrisque heredibus pro portionibus hereditariis. respondit secundum ea quae proponerentur utrisque heredibus pro hereditariis portionibus competere. (Scaevola Lib. 31 Dig.)

Der bereits früher (Bd. XI dieser Ztschr. p. 84 ff.) erklärte § 1 dieses Fragmentes führte uns schon direct in das Recht der lex Cincia hinein. Natürlich wird auch der vorliegende Rechtsfall von den Bestimmungen dieses Gesetzes beherrscht, und es ist deshalb die erste Frage, die wir uns vorzulegen haben, die, ob der Freigelassene seinem Patron gegenüber zu den *personae exceptae* gehöre. Noch neuerdings ist dies von Huschke behauptet worden. Dass der Freigelassene im Verhältniss zur Patrona keine solche Ausnahmestellung einnimmt, ergiebt sich allerdings aus fr. Vat. § 313 und wird auch von Huschke ohne weiteres eingeräumt (Iurispr. anteiust. ed. V p. 805 not. 7). Indessen wäre es nicht gerade befremdlich, wenn man den patronus und die patrona in dieser Beziehung nicht gleich behandelte; man konnte es ganz angemessen finden, dass der Freigelassene in dem Patron zugleich eine wirthschaftliche Stütze hatte, während man ein derartiges Verhältniss zur patrona wenigstens nicht gesetzlich begünstigen mochte. Es kommt hier alles darauf an, wie man den Text von §§ 307 und 309 der Vat. Fragm. gestaltet. Huschkes Reconstruction der beiden Paragraphen ist nun auf alle Fälle unhaltbar; liess sich das Gesetz so direct über den fraglichen Punkt aus, wie es das *duite iis* bei Huschke thut, so konnte die ganze Frage unmöglich, wie das in § 309 ge-

schiebt, als eine zweifelhafte, nur durch die Praxis zu erledigende behandelt werden. Es ist vielmehr mit Mommsen in seiner Ausgabe der fr. Vat. anzunehmen, dass der Freigelassene auch seinem patronus gegenüber unter den Beschränkungen der lex Cincia stand. — Für die Ueberlassung des Peculiums macht es nun bezüglich der dazu gehörigen Sachen keinen Unterschied, ob der Beschenkte persona excepta ist oder nicht. Im einen wie im anderen Falle werden die Peculiarsachen pro donato resp. pro suo von ihm ersessen fr. Vat. § 260. 261. Wie steht es aber mit den Peculiarforderungen? Nicht schon in der blossen concessio peculii, d. h. hier dem non adimere peculium an sich, liegt die Berechtigung zur Anstellung der Peculiarklagen. Auch der emancipirte Sohn, die von der Mutter beschenkte Tochter werden erst vermöge einer Delegation oder lite inchoata als cognitores in rem suam klagberechtigt (fr. Vat. § 260. 263), und dem völlig entsprechend sagt Paulus in L. 53 D. de pecul. 15, 1, dass der Freigelassene, dem sein Peculium nicht entzogen sei, nur mandatis actionibus die Peculiarforderungen eintreiben könne. Es ist also in keiner Weise die lex Cincia, die in dem vorliegenden Rechtsfalle einen massgebenden Einfluss auf die Entscheidung äussert, sondern einzig der Mangel einer Universalsuccession in das Peculium und die daraus sich ergebende Nothwendigkeit eines besonderen Cessionsactes, der in dem blossen Schweigen und Belassen des Sondergutes nicht zum Ausdruck kommt, während bezüglich der Peculiarsachen das factische Behalten derselben und die dadurch bedingte Aenderung der Besitzverhältnisse als eine Reihe von Acten des Einzelerwerbes erscheint. Könnte noch irgend ein Zweifel darüber obwalten, dass die Bestimmungen der lex Cincia hierbei ganz einflusslos sind, so müsste er für unsere Stelle aus dem Grunde hinfällig werden, dass der Schenker bereits verstorben ist, und morte Cincia removetur, ein Satz, der bekanntlich nicht bloss von Sachschenkungen, sondern ebenso von obligatorischen Schenkungen gilt (fr. Vat. § 263. 266. 312). Wir dürfen uns deshalb auch der schwierigen und bei dem Stande unserer Quellen kaum zu einem befriedigenden Resultate führenden Untersuchung überheben, ob für die durch Delegation und Klagencession vollzogenen

Schenkungen zwischen den *personae exceptae* und *non exceptae* etwa darin ein Unterschied bestand, dass letztere, nicht aber die ersteren einer *actio rescissoria* oder einer *Condictio* des empfangenen Werthes seitens des Schenkers unterlagen. Man könnte sich nämlich vielleicht versucht fühlen, durch eine derartige Unterstellung den in die Augen fallenden Widerspruch zwischen L. 2 § 1. 2, L. 33 § 3 D. de donat., wo die Schenkung nach bewirkter Delegation als *perfecta* bezeichnet wird, einerseits und L. 21 § 1 D. eod. sowie L. 5 § 5 D. de dol. m. exc. 44, 4, wo unter anscheinend völlig gleichen Voraussetzungen *condictio* und *actio rescissoria* gegeben werden, andererseits, für das vorjustinianische Recht heben zu wollen. In Betreff der Justinianischen Compilation hilft die Annahme, dass in L. 2 § 1. 2 und L. 33 § 3 D. de donat. keine *insinuationspflichtige* Summe in Frage stehe; denn in den beiden anderen Fragmenten ist, und, wenn ich nicht sehr irre, durch die Compileren, mittelst der Worte *immodicae* und *supra legitimum modum* (wegen dieser Interpolation vgl. L. 5 § 2 D. cit., wo Paulus ersichtlich von der *exceptio legis Cinciae* gesprochen hat) die Schenkung ausdrücklich als *übermässige* bezeichnet. Allerdings ist in L. 21 § 1 D. cit. gegen den Schluss die weitere Interpolation mit besonderem Geschick gemacht. Dagegen dürfte es ziemlich unmöglich sein, in L. 2 § 1. 2 und L. 33 § 3 D. cit. eine Beziehung auf *personae exceptae* hineinzuinterpretiren, und ebensowenig ist dort an eine geringere Summe unter dem Mass der *lex Cincia* zu denken. Regelmässig nämlich setzen die Juristen, wo sie die Gültigkeit einer Schenkung mit Rücksicht auf das Gesetz behandeln, die Ueberschreitung des Masses stillschweigend voraus. Es hängt das damit zusammen, dass in der *lex*, abgesehen von den besonderen Bestimmungen über Geschenke an Sachwalter, bloss das allgemeine Schenkungsverbot über das Mass und die Einzelanordnungen hinsichtlich der *personae exceptae* enthalten waren, wogegen die Feststellung der besonderen Formen, die nothwendig sind, um die Schenkung dem Einflusse der *lex Cincia* zu entziehen, sowie des Satzes „*morte Cincia removetur*“ durch die Jurisprudenz bewirkt ist. Von letzterem wird uns das eigentlich in fr. Vat. § 266 mit klaren Worten gesagt, aber auch für die Formerfordernisse ist das gleiche aus

der bloss indirecten Art ihrer Geltendmachung, aus der Möglichkeit einer Schulcontroverse (fr. Vat. § 266) über die Tragweite der *exceptio legis Cinciae*, endlich aus dem Umstande mit Sicherheit zu folgern, dass unsere Quellen nirgends diese Formen aus der positiven Gesetzesvorschrift ableiten, so nahe auch der Anlass dazu gelegen hätte. Es ist mir völlig unverständlich, wie Puchta (Instit. § 206 Anm. aa) aus fr. Vat. § 259 und 310 entnehmen will, dass die *lex Cincia* eine bestimmte Form vorgeschrieben habe. Denn wenn es hier heisst, die Schenkungen seien gültig, weil ihnen unerachtet ihrer Formlosigkeit die *exceptio legis Cinciae* nicht entgegenstehe, so ist damit doch nicht mehr gesagt, als dass diese Einrede im übrigen der Gültigkeit formloser Schenkungen im Wege steht, und man übersieht ganz, wie die Beobachtung der Form einzig darin wirkt, dass für eine *exceptio* überhaupt kein Raum mehr vorhanden ist, und deshalb auch von der *exceptio legis Cinciae* kein Gebrauch gemacht werden kann. Nach alledem ist es verständlich, wie mit dem Aufwerfen der Frage, ob die *lex Cincia* Platz greife, schon die Thatsache ausgesprochen ist, dass eine Ueberschreitung des gesetzlichen Masses stattgefunden habe, ohne dass dies noch ausdrücklich wiederholt zu werden braucht. Ich wüsste nur eine Stelle, die L. 24 D. de donat., wo die Erwähnung des Uebermasses vielleicht echt ist, und der Jurist die Worte „*supra modum legis*“ deshalb eingefügt haben mag, um die im Folgenden genannte *exceptio* als die *exc. l. C.* zu charakterisiren; ausgeschlossen ist aber auch hier die Interpolation nicht. Javolenus kann sehr wohl die Einrede *direct* genannt haben, was dann die Compileren zu einer Textänderung veranlassen musste (vgl. auch Puchta a. a. O. Anm. q). Bei L. 21 § 1 D. cit. kommt ausserdem als Grund für das Vorhandensein einer Interpolation neben dem aussergewöhnlichen Gebrauche des „*immodicus*“ namentlich noch hinzu die bloss theilweise Ungültigkeit der Schenkung über das gesetzliche Mass, welche dem Justinianischen Rechte allerdings ganz entspricht (L. 34 C. de donat. VIII, 54), wovon uns aber in der classischen Zeit sonst keine Spur begegnet. Die entgegengesetzte Behauptung Rudorffs (Röm. RG. I § 22 Anm. 11), die *exceptio legis Cinciae* sei *minuendae condemnationis*, ist völlig will-

kürlich und wird durch die Berufung auf fr. Vat. § 294 in keiner Weise unterstützt. Die Worte „quoniam quod praecessit totum irritum est“ bezeichnen die totale Nichtigkeit des vorausgegangenen Actes im Gegensatz zu der nur durch Einrede geltend zu machenden Ungültigkeit der Schenkung contra legem Cinciam und die in Folge davon unmögliche Convalescenz des ersteren. (Vgl. auch Puchta. Inst. § 206 Anm. nn; Schilling, Inst. Bd. III p. 885 Anm. pp.) Der Versuch, die L. 2 § 1. 2 D. h. t. schon im Sinne Julians auf eine Schenkung unter dem Masse des Cincischen Gesetzes zu deuten, muss hiernach wohl aufgegeben werden. Auch damit ist die Schwierigkeit nicht zu heben, dass man sagt, der Jurist habe in der Stelle von diesem Gesetze ganz abgesehen und nur von dem geredet, was im übrigen zum Zustandekommen der Schenkung erforderlich sei (v. Meyerfeld, Schenkung § 15 p. 261). Es ist ja ganz richtig, dass donatio perfecta keineswegs allein mit directer Beziehung auf die Vorschriften der lex Cincia gebraucht wird. So findet sich non perfecta donatio in fr. Vat. § 257, wo das Zustandekommen jeglicher Schenkung geleugnet werden soll, ähnlich in § 268, L. 11 C. de donat. VIII, 54 und umgekehrt perficere donationem in Fällen, bei denen die lex Cincia, weil es sich um personae exceptae handelt, u. s. w. gar nicht in Anwendung kommen kann (fr. Vat. § 255. 264. 278). Allein es erscheint kaum möglich, eine Schenkung als perfecta zu bezeichnen, wenn sie noch nach der lex Cincia angefochten werden kann, denn dann ist sie eben noch nicht gültig zu Stande gekommen. Es war das um so weniger zulässig, als jener Ausdruck ja gerade in Beziehung auf das Gesetz beinahe zu einem typischen geworden ist. Ganz anders natürlich, wenn nachträglich anderweitige Gründe für die Aufhebung der bereits gültig vollzogenen Schenkung eintreten, wie Anstellung der querela inofficiosae donationis, Revocation der Schenkung durch den Patron u. s. w. Da nimmt man allerdings keinen Anstand, die der Art aufhebbare donatio als perfecta zu bezeichnen (fr. Vat. § 272. 293). Wir werden also einräumen müssen, dass für das classische Recht eine Vereinigung der einander widerstreitenden Fragmente L. 2 § 1. 2, L. 33 § 3 D. de donat. und L. 21 § 1 D. eod., L. 5 § 5 D. de dol. m. exc. 44, 4

nicht eben allzu leicht ist (vgl. auch Schlesinger, *Formalcontr.* p. 126. 127 Anm. 32). Am meisten hat vielleicht noch die Vermuthung für sich, dass hier eine Controverse zwischen dem Sabinianer Julian und dem Proculianer Celsus — und Paulus schliesst sich mit einer gewissen Vorliebe den proculianischen Ansichten vielfach an — hineinspiele.

Es bleibt somit für unser Fragment nur noch die Frage zu beantworten, ob nicht das in L. 53 D. de pecul. 15, 1 und L. 2 C. de donat. VIII, 54 zur Vollziehung der Schenkung für ausreichend erklärte Klagemandat in dem mitgetheilten Briefe thatsächlich enthalten sei. Es wäre nun allerdings denkbar, dass Scävola dies Mandat als durch den Tod des Schenkers hinfällig geworden betrachtet und deshalb für die ungehinderte Vererbung der Peculiarforderungen entschieden hätte. Auf einen solchen Gedanken könnte allenfalls das von Justinian in L. 33 C. de donat. erwähnte und aufgehobene ältere Recht hinleiten. Allein ich glaube doch, eine andere, schon von dem Anonymus (Basil. Lib. 47 Tit. 1 c. 34 schol. 2 ed. Heimbach IV p. 579) gegebene Erklärung liegt hier näher. Ein Mandat zur Einziehung der Peculiarforderungen ist überall nicht ertheilt. Die Zuschrift des Patrons an den Freigelassenen enthält ein solches nicht, überhaupt liegt in derselben keinerlei Dispositionsact, sondern bloss eine Benachrichtigung über das, was der Freilasser gethan hat, nämlich über die mit der Freilassung verbundene vollständige *concessio peculii*, die zur Uebertragung der Peculiarklagen eben nicht genügt. Es steht mit der Epistel in unserem Fragmente einigermassen ähnlich wie mit der in L. 32 D. de donat. Auch diese enthält schon ihrer Form nach keine directe, rechtliche Anordnung; es wird darin weder eine Servitut bestellt, noch eine obligatorische Verpflichtung zu irgend welchem Leisten übernommen. Da lautet L. 27 D. eod. „*dono et permitto tibi habitare*“ doch schon anders. Ja, dass in L. 32 jeder juristische Zwang ausgeschlossen bleiben soll, sagt im Grunde die Clausel „*idque te ex voluntate mea facere*“ geradezu, indem das dem Adressaten verstattete *uti* für seine gesammte zeitliche Ausdehnung auf die *voluntas* des Schreibenden gestützt und aus dieser gerechtfertigt wird. Dem entsprechend ist dann in dem *Responsum* des Scävola nur von einem *mutare voluntatem*

der Erben die Rede. Es handelt sich hiernach in L. 32 cit. um ein einfaches precarium (s. auch Windscheid, Pand. § 368 Anm. 11). Mit der lex Cincia hat die Stelle absolut nichts zu thun.

3. L. 27 D. de probat. 22, 3. Qui testamentum faciebat ei qui usque ad certum modum capere potuerat legavit licitam quantitatem, deinde ita locutus est: „Titio centum do lego, quae mihi pertulit: quae ideo ei non cavi, quod omnem fortunam et substantiam, si quam a matre susceperat, in sinu meo habui sine ulla cautione. item eidem Titio reddi et solvi volo de substantia mea centum quinquaginta, quae ego ex redditibus praediorum eius (quorum ipse fructum percepi et distraxi), item de calendario (si qua a matre receperat Titius) in rem meam converti.“ quaero, an Titius ea exigere potest. respondit, si Titius supra scripta ex ratione sua ad testatorem pervenisse probare potuerit, exigi: videtur enim eo, quod ille plus capere non poterat, in fraudem legis haec in testamento adiecisse. (Scaevola lib. 33 Dig.)

Die hier von Scävola über die Beweispflicht des Legatars getroffene Entscheidung will, von welcher Seite her man sie auch betrachten mag, mit den sonst geltenden Normen über die Vertheilung der Beweislast nicht ganz stimmen. Denn wenn auch der rein formale Gesichtspunkt, den Celsus in der L. 12 D. h. t. vertritt, der Legatar legt das Instrument mit der Anordnung zu seinen Gunsten vor, es ist nun die Sache des Gegners, dessen Unwirksamkeit darzuthun, in unserem Falle nicht geltend gemacht werden kann, da es bereits feststeht, dass das dem Titius zugewendete legatum debiti seiner Incapacität halber als Vermächtniss nicht zur Ausführung gelangen kann, so geräth das Responsum doch anscheinend in Conflict mit dem Princip der L. 18 § 1 D. h. t.: „Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, probare debet“, welches Scävola selbst in L. 6 D. eod. anerkennt, indem er dem Patron, welcher die von dem Freigelassenen vorgenommene Veräußerung als betrüglich ansieht, den Beweis der betrüghchen Absicht auferlegt. Andererseits enthalten die Angaben des Testators ein Geständniss über eine ihm obliegende Schuld-

verbindlichkeit, welches sonst, auch in Ermangelung jedes anderweitigen Beweises, als ausreichend zur Begründung einer Klage für den Gläubiger angesehen wird, freilich nicht in dem Sinne, als ob das Geständniss das Geschäft ersetze (vgl. auch L. 88 § 10 D. de leg. II, 31), wohl aber, soweit es sich um die Erbringung des Beweises über das Zustandekommen, die Existenz des Geschäfts handelt. L. 26 § 2 D. depos. 16, 3: „ex epistula, de qua quaeritur, obligationem quidem nullam natam videri, sed probationem depositarum rerum impleri posse“.

Man darf nun aber nicht übersehen, dass alle diese generellen Beweisregeln eben nur Regeln sein sollen, die für eine grosse Mehrzahl von Fällen allerdings zutreffen, die aber nicht den Charakter von unverbrüchlichen Normen an sich tragen, wie etwa die Sätze der neueren gemeinrechtlichen Beweis-theorie; vielmehr lassen sie unter geänderten Voraussetzungen sehr wohl Abweichungen zu. Das gilt schon von dem durch Celsus in L. 12 D. de prob. auf den von ihm behandelten besonderen Fall angewendeten Principe, wonach der Legatar, der zwei Urkunden, Testament und Codicill, mit gleichlautenden Zuwendungen an seine Person vorlegt, damit auch einen doppelten Anspruch dargethan hat, so dass es Sache des Gegners ist, den Nachweis zu führen, wie der Erblasser bei seinen gleichlautenden Verfügungen das Object des Legates (eine bestimmte Summe) nur einmal habe vermachen wollen. Ganz anders dagegen, wenn diese beiden Urkunden zwei Ausfertigungen desselben Testamentes sind, und in der einen eine Zuwendung enthalten ist, welche von der in der anderen bezüglich der genannten Summe abweicht. Hier wird, weil beide Documente sich als identische betrachtet wissen wollen, nur ein Vermächtniss und zwar das des geringeren Betrages angenommen (L. 47 D. de leg. II, 31). So ferner braucht der Gläubiger, welcher die Veräusserung des Schuldners als betrügerisch anfechten will, da den Beweis der *fraus* seinerseits nicht erst zu führen, wo sich letztere aus der nackten Thatsache unmittelbar ergibt, wie bei einer Veräusserung des gesamten Vermögens (L. 17 § 1 D. quae in fraud. cred. 42, 8), und umgekehrt beweist der mit der *rei vindicatio* Belangte, der seinen Besitz inzwischen verloren

hat, in den Thatumständen, die diesen Verlust darthun sollen, zugleich, dass letzterer ohne bössliche Absicht von seiner Seite erfolgt ist (L. 17 D. de exc. rei iud. 44, 2). Hier also lässt die eigenthümliche Verbindung der beweisenden Momente in ein und demselben Thatbestande eine Trennung der Beweisführung, wie sie den allgemeinen Regeln über die Vertheilung der Beweislast unter den Parteien entsprechen würde, gar nicht mehr zu. Und so ist endlich auch das gelegentlich eines anderweitigen Rechtsgeschäftes verlautbarte, aussergerichtliche Geständniss nicht immer und ohne weiteres glaubwürdig. Es kann dabei die Vermuthung begründet sein, dass die Abgabe des letzteren wesentlich deshalb erfolgte, um das gegenwärtig beabsichtigte Geschäft gegen diesen oder jenen Einwand zu sichern. Man kann hierher ziehen eine andere Stelle des Scävola: L. 37 § 5 D. de leg. III, 32. Dort handelt es sich wie in L. 26 § 2 D. depos. um ein Empfangsbekenntniss, aber Scävola sieht dasselbe, weil es in einem Codicill zur Begründung eines Vermächtnisses benutzt wird, anders wie Paulus, nur bedingungsweise als vollkräftig zum Erweise der geschehenen Deposition an. Man könnte den Grund für diese abweichende Auffassung der beiden Juristen in einem Umstande finden, auf den Bruns (Zeitschr. f. RG. I p. 127) in anderer Richtung Gewicht legt. Das Anerkenntniss, welches Scävola vorliegt, ist allerdings, mit Puchta zu reden, „eine entschieden einseitige Handlung“, während in dem dem Gläubiger zugestellten Empfangsscheine, über den Paulus sich auslässt, gleichzeitig ein Vertragselement anzuerkennen ist. Allein wie sich aus der ganzen Argumentation des Scävola ersehen lässt, ist dies nicht der die Ansicht des Juristen bestimmende Punkt: „scilicet cum iusiurandum dedisse super hoc testator affirmavit, credenda est scriptura“. Unerachtet der Erwähnung des Eides bleibt die gesammte Aeusserung im Codicill doch durchaus einseitige Erklärung ohne eine Spur eines zweiseitigen Uebereinkommens. Es kann also nur die detaillirtere Angabe der begleitenden Umstände oder auch die Erwägung sein, der Testator werde nicht so leicht den Eid, als religiöse Handlung, zum Gegenstand einer Unwahrheit machen, was dem Schuldbekenntniss in den Augen des Juristen eine grössere Glaubwürdigkeit verleiht. Ich will

nicht in Abrede stellen, dass der begründende Satz *scilicet cum etc.* einem Glossem einigermaßen ähnlich sieht. Es könnte allenfalls eine von den Compilatoren in das *Responsum* hineingearbeitete Note des Claudius Tryphoninus sein, obgleich der eigenthümliche Anakoluth in der Antwort ihnen dann doch kaum entgangen sein könnte und von ihnen wohl vermieden worden wäre. Ich möchte deshalb eher, wie wir dergleichen ja bei Scävola gar nicht selten finden, eine Flüchtigkeit in der Redaction von Seiten des Autors selbst annehmen. Wie dem aber auch sei, jedenfalls würde dieser durch das beschränkende *secundum ea quae proponerentur* den Anlass zu der Ergänzung seiner Entscheidung gegeben haben, und es wäre nicht gerade unmöglich, dass dieselbe in einer ganz falschen Richtung erfolgt wäre. Jenes „*secundum ea quae proponerentur*“ sollte vielleicht nur sagen, „da nach dem Vortrage der Sachlage keinerlei Verdachtsmomente vorliegen“, wie sie z. B. einem *incapax* gegenüber vorhanden sein würden. Eben deshalb legt der Jurist in unserer L. 27 D. de prob. dem Legatar ohne alle Rücksicht auf das Empfangsbekenntniss des Testators die Beweislast auf. Eine Parallelstelle dazu ist die L. 37 § 6 D. de leg. III, 32, nur dass hier die in *fraudem legis* angeordnete Zuwendung nicht durch das Vorschützen eines in Wirklichkeit nicht bestehenden Schuldverhältnisses, sondern nur durch eine *falsa demonstratio* gerechtfertigt werden soll. Deshalb fehlt auch der Vorbehalt des Beweises für den Honorirten; es heisst einfach „*non idcirco quod scriptum est exigi posse in fraudem legis relictum*“. Gewiss sollte damit dem Bedachten die Möglichkeit nicht abgeschnitten werden, einen ihm etwa geschuldeten Lohn einzuklagen resp. das Hinterlassene als wahres *legatum debiti* in Anspruch zu nehmen. Es lag nur bei der Ausdrucksweise der Erblasserin der Gedanke an das Bestehen einer solchen Schuld viel weniger nahe als in dem anderen Falle; daher das Schweigen über einen vielleicht doch zu erbringenden Beweis. In dieser Beziehung zeigt das Verhältniss dieser beiden Stellen eine gewisse Aehnlichkeit mit dem zweier anderen, die Paulus theilweise anführt.

L. 16 D. de dot. leg. 33, 4. Qui dotem a matre uxoris acceperat et stipulanti ei promiserat, testamento uxori

dotem legavit. cum quaesitum esset, an uxor dotis summam consequi posset, respondit Scaevola non videri dari uxori, quod necesse sit matri reddi. alias sic respondit non videri, nisi manifeste uxor docuisset, eam testantis voluntatem fuisse, ut onerare heredes duplici praestatione dotis vellet. (Paul. lib. 2 ad Vitell.)

Auch hier sachliche Uebereinstimmung der beiden Responsen des Scävola, nur dass das eine auf die Zulässigkeit einer besonderen Beweisführung Rücksicht nimmt, worüber das andere schweigt. Eben dieser Differenz wegen führt ja Paulus auch das zweite wörtlich an und bietet uns damit den vollen Beweis der Echtheit des beschränkenden Satzes „nisi manifeste uxor docuisset“ etc. Damit aber erscheint zugleich der aprioristische Verdacht gegen die bei Scävola so häufig wiederkehrenden (vgl. diese Zeitschr. Bd. VIII p. 159 f.), in einem Zwischensatz mit nisi eingeführten Beweisvorbehalte entkräftet.

III.

Custodia und vis maior.

Von

Herrn Dr. iur. **Johannes Biermann**

in Berlin.

Franz Xaver Bruckner. Die custodia nebst ihrer Beziehung zur vis maior nach römischem Recht. Gekrönte Preisschrift der Universität München. München 1889.

Gotthold Gerth. Der Begriff der vis maior im römischen und Reichsrecht. Berlin 1890.

Zwei Erstlingsschriften liegen hier vor, beide sich fast auf dasselbe Thema beziehend, und jede zu einem Resultate gelangend, welches dem der anderen so ziemlich entgegengesetzt ist. Und wie die beiden Arbeiten im Resultate Gegensätze sind, so sind sie es auch in ihrem ganzen Habitus: das

Brucknersche Buch zwar sehr solide und gründlich, aber auch in der Form etwas schwerfällig und nicht eben leicht zu lesen, das Gerthsche elegant und fesselnd geschrieben, aber auch inhaltlich hier und da etwas leicht. Aber in Einem Punkte stimmen sie mit einander überein: in ihrer Behandlung des *corpus iuris civilis*. Sie verfahren so, wie fast alle unsere romanistischen Schriftsteller: sie behandeln die Justinianische Compilation wie ein modernes Gesetzbuch. Und doch hat diese Art der Betrachtung des *corpus iuris civilis* im Grunde genommen gar keine Existenzberechtigung. Ein unter Justinian oder dessen Nachfolgern lebender Jurist, der für die Unterthanen der römischen Kaiser schrieb, durfte so verfahren. Der deutsche Jurist der Jetztzeit darf es nicht. Will er für das geltende Recht Resultate gewinnen, so muss er sich gegenwärtig halten, dass das römische Recht bei uns nur gewohnheitsrechtliche Geltung hat, dass es nur in der Gestalt bei uns recipirt ist, wie es die Glossatoren und Postglossatoren gelehrt haben; auf der von diesen geschaffenen Grundlage hat er weiter zu bauen. Will er aber das reine römische Recht zur Darstellung bringen — wie, nach dem Titel ihrer Bücher zu urtheilen, Bruckner und Gerth —, so darf er nicht vergessen, dass die Sätze, die in dem Rechtsbuche Justinians zusammengedrängt sind, sich auf einen Zeitraum von mehr als fünf Jahrhunderten vertheilen, und er muss wissen, dass das Recht nicht fünf Jahrhunderte lang stillsteht, und dass vielleicht niemals ein Recht so schnell vorwärts gegangen ist, wie das Roms in den ersten fünf Jahrhunderten unserer Zeitrechnung.

Der gerügte Fehler ist für beide Autoren verhängnissvoll geworden. Durch ihn sind sie beide zu unhaltbaren Resultaten gelangt. Aber sie geben wenigstens das Material, das erforderlich ist, um die verwickelte und schwierige Frage nach dem Wesen der *custodia* und der *vis maior* zu lösen. Es erscheint daher möglich, an ihrer Hand zu haltbareren Resultaten zu gelangen; anzuknüpfen ist hierbei vorzugsweise an die Brucknersche Arbeit, da diese bei weitem umfassender als die Gerthsche ist.

Bruckner theilt, wie hergebracht, die *custodia* ein in eine *custodia* im gewöhnlichen Sinne und eine solche im technischen

Sinne. Die Resultate, welche er über das Wesen der ersteren gewonnen hat, stellt er in § 9 zusammen. Unbedingt zuzustimmen ist hier der Nummer 6, in welcher die Auffassung der custodia als einer species diligentiae entgegen der herrschenden Ansicht verworfen wird. Das, was Bruckner über diese Frage ausführt, ist zutreffend und erschöpfend, wenn auch grossentheils nicht neu¹⁾. Es dürften auch schon grammatikalische Bedenken gegen die Subsumirung der custodia unter die diligentia sprechen. Die Wörter auf entia und antia bezeichnen Geistes Eigenschaften, man denke an clementia, insolentia, innocentia, perseverantia etc. Wenn custodia eine Species der diligentia wäre, dann müsste custodia ebenfalls eine Geistes Eigenschaft bedeuten, also Wachsamkeit, folglich mit vigilantia identisch sein. Dem ist gewiss nicht so. Custodia ist, wie Bruckner richtig bemerkt, ein Complex von Handlungen, ein facere. Ein facere kann aber nicht Species, also Theil einer geistigen Eigenschaft sein. Freilich darf man nicht vergessen, dass der Begriff der diligentia durch die Verbindung des Wortes mit praestare eine besondere Nuancirung erfährt. Derjenige, der Diligenz zu prästiren, zu vertreten hat, genügt seiner Verpflichtung nicht schon dadurch, dass er ein sorgfältiger Mensch ist, er muss sich auch als ein solcher zeigen, als ein solcher handeln. In der Verbindung mit praestare hat diligentia also die Bedeutung: sorgfältiges Verhalten, und ein Theil dieser Diligenz kann die custodia allerdings sein. Daraus erklärt sich l. 36 D. d. A. E. V. 17, 1²⁾, die Bruckner (S. 77 Anm.) Schwierigkeiten bereitet. Die damni infecti stipulatio muss der Verkäufer interponiren, weil er dem Käufer diligentia und custodia zu prästiren hat, und weil zu den ihm hierdurch auferlegten Pflichten auch das Verlangen der cautio damni infecti gehört. Wenn es heisst: „pars est custodiae diligentiaeque hanc interponere stipulationem“, so wird diligentia hier in

¹⁾ Vgl. vor allem Brinz, Pandekten II, 1 § 268 S. 262 f. —

²⁾ Paulus libro septimo ad Plautium. Venditor domus antequam eam tradat, damni infecti stipulationem interponere debet, quia, antequam vacuum possessionem tradat, custodiam et diligentiam praestare debet et pars est custodiae diligentiaeque hanc interponere stipulationem: et ideo si id neglexerit, tenebitur emptori.

demselben Sinne gebraucht, welchen das Wort in dem unmittelbar vorausgehenden *diligentiam praestare* hat. Aber weder ist die Haftung für *custodia* auf diejenigen beschränkt, der Diligenz zu prästiren hat, noch hat jeder, der für letztere haftet, auch für *custodia* einzustehen, und das führt uns auf die verfehlt Nummer 5 des § 9: „Eine Custodiahaftung ergibt sich überall da, wo die Leistung oder Rückgabe einer Sache in Frage kommt und dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältniss eine freie Klage zur Seite steht“ (§ 7). Bruckner behauptet, dass derjenige, der die Sache für den Eigenthümer detinirt, verhaftet sei, „dieselbe Sache zurückzugeben, widrigenfalls er Schadensersatzpflicht zu gewärtigen hat“. Also der Detentor muss immer Schadensersatz leisten, wenn die Sache nicht zurückgegeben wird? Dann haftet er ja unbedingt! Bruckner nimmt es mit der Restitution überdies sehr streng: „eine Restitution wird vom Rechte auch dann nicht als bethätigt erachtet, wenn eine Sache in beschädigtem Zustande zurückgegeben wird, *res deterior reddita non est reddita*“. Der Detentor haftet also auch unbedingt für Beschädigung der Sache! Dass diese Sätze verkehrt sind, bedarf keines Beweises. Aus ihnen wird aber die Custodiahaftung abgeleitet: „Wenn also der Detentor für verhaftet erklärt wird, dem Eigenthümer dieselbe Sache zu restituiren, so haftet er für Erhaltung der Detention sowohl als der körperlichen Integrität derselben, mit einem Worte für *custodia*.“ In Wirklichkeit verhält es sich aber so, dass der Detentor nur dann haftet, wenn durch seine Schuld die unbeschädigte Rückgabe der Sache nicht erfolgt; für welchen Grad der Schuld er aber haftet, bestimmt sich nach dem Einzelfall, und nach diesem bestimmt sich auch, ob eine *custodia* überhaupt und was für eine zu leisten ist. Haftet der Detinent selbst für Diligenz, so ist damit immer noch nicht gesagt, dass er auch *custodia* zu leisten hat. Vielleicht musste jedem *Bonus paterfamilias* ein besonderer Schutz der Sache als durchaus überflüssig erscheinen¹⁾. Dann liegt auch keine Schuld des Detinenten vor, wenn er die Sache nicht schützte, er haftet dann also auch dem Eigenthümer nicht für *custodia*.

¹⁾ Vgl. Dernburg, Pandekten II § 37 S. 100.

Dem Satze: „Ueberall da, wo jemand zur Rückgabe einer Sache obligirt ist, haftet er für custodia“, muss also die Einschränkung hinzugefügt werden: „falls in der Nichtleistung derselben eine Schuld des Detinenten liegen würde“; und mit dieser Einschränkung ist der Satz eine Trivialität. Das Gesagte gilt auch für den andern Satz Bruckners: „Ueberall da, wo jemand zur (alsbaldigen) Leistung einer Sache an einen andern obligirt ist, haftet er für custodia.“ Die Nummer 5 in § 9 kommt also in Wegfall.

Dasselbe gilt von Nummer 7: „Daneben giebt es noch einen sachenrechtlichen Custodiabegriff, nämlich den der Besitzescustodia; wir definiren sie als die Möglichkeit für den Besitzer, die Detention seiner (beweglichen) Sache wieder zu erlangen.“ Bruckner handelt von dieser Besitzescustodia im § 3. Das, was er hier giebt, ist lediglich eine Wiederholung der bekannten Ausführungen Barons ¹⁾, die bisher, soviel ich weiss, bei niemandem Beifall gefunden haben und Beifall auch nicht verdienen. Eine eingehende Widerlegung der Baronischen Ansicht erübrigt sich hier, man vergleiche vor allem, was Exner ²⁾ über dieselbe sagt. Nur soviel sei bemerkt: Dass bei den römischen Juristen die custodia auch in der Lehre vom Besitzerwerbe und -Verluste eine Rolle gespielt hat, ist unleugbar und auch sehr erklärlich. Denn Zweck der Custodia, der Obhut, der Beschirmung ist, fremde Einwirkungen, insbesondere Einwirkungen fremder Personen, von der Sache fernzuhalten. Befindet sich eine Sache in unserer Custodia, so sind fremde Personen der Regel nach von der Sache ausgeschlossen. Diese Ausschliessung fremden Einflusses ist aber das wesentlichste Kriterium des Besitzes. Es ist deshalb nicht eben verwunderlich, dass die römischen Juristen daran gedacht haben, den Erwerb und den Verlust des Besitzes an die Begründung und die Beendigung der custodia zu knüpfen. Dass für die Frage des Besitzerwerbes die custodia verwerthet worden ist, ergeben l. 3 § 3 und l. 51 D. d. A. v. A. P. 41, 2. In der Lehre vom Besitzverluste hat sich ihrer vornehmlich

¹⁾ Jherings Jahrbücher Bd. 7 S. 87 f. Vgl. über die „Custodia als Besitzform“ auch Pernice, Labeo II S. 339 f., dessen Aufstellungen mich ebenfalls nicht recht befriedigen. — ²⁾ Rechtserwerb durch Tradition S. 109—114.

der jüngere Nerva bedient, der sie, soweit es sich um bewegliche Sachen handelt, sogar zum Angelpunkte der ganzen Lehre gemacht hat. ¹⁾ Hauptsächlich zwei Stellen kommen in Betracht: l. 47 und l. 3 § 13 D. d. A. v. A. P. In dem ersteren Fragmente berichtet Papinian, Nerva filius habe sich dahin geäußert, „quod rerum mobilium neglecta atque omissa custodia, quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum adferre consuevit“, eine Ausnahme indessen für Sklaven gemacht. Dass die bloße omissio custodiae den Besitzverlust noch nicht herbeiführt, wie Goldschmidt¹⁾ annimmt, geht aus dieser Stelle nicht hervor. Dass Nerva der entgegengesetzten Ansicht ist, beweist der Passus: „aliam causam esse hominis commodati omissa custodia“, aus dem zugleich erhellt, dass durch die Hingabe der Sache in die Detention eines anderen die custodia noch nicht verloren geht; es heisst nicht: „omissa atque neglecta custodia“ — wie Goldschmidt des öfteren sagt (vgl. S. 81. 83) —, es heisst: „neglecta atque omissa custodia“, das Aufgeben der custodia geht also der Vernachlässigung nicht voraus, das Umgekehrte ist der Fall, vorausgesetzt, dass hier an eine zeitliche Aufeinanderfolge überhaupt zu denken ist. In l. 3 § 13 cit. wird eine Definition der custodia versucht. „Nerva filius res mobiles excepto homine quatenus sub custodia nostra sunt, hactenus possideri, id est quatenus si velimus, naturalem possessionem nancisci possumus“. Diese Begriffsbestimmung muss frappiren. Denn wie kommt die custodia, die die Sicherung der Sache gegen Dritte bezweckt, also die äussere Lage der Sache betrifft, dazu, ein Verhältniss der Sache zum Besitzer zu bedeuten. Diese Begriffsbestimmung rührt auch nicht von Nerva her, — sonst müsste es heissen: „id esse“ —, ihr Urheber ist vielmehr Paulus, dessen Edictscommentar die ganze l. 3 entnommen ist. Im Zusammenhang mit der custodia steht das Princip des Paulus — Möglichkeit beliebiger Reproduction des körperlichen Besitzes — aber doch. Denn so lange sich die Sache in unserer custodia befindet, ist jede fremde Einwirkung auf sie ausgeschlossen, so lange dies aber der Fall ist, steht uns nichts im Wege, jederzeit unmittelbar körper-

¹⁾ Festgaben für v. Gneist S. 81 f.

lich über die Sache zu verfügen. Soll die Definition des Paulus überhaupt in irgend einer Beziehung zur custodia stehen, so muss man das „si velimus“ also allerdings „objectiv“ nehmen, „d. h. mit Bezug auf das Verhältniss nach aussen“. (Bruckner S. 26.) Aber auch die Paulinische Formulirung des Custodiabegriffs reicht nicht aus zur Erklärung der Sätze, welche die römische Jurisprudenz über den Besitzverlust beweglicher Sachen aufgestellt hat. „Quidam recte putant columbas quoque quae ab aedificiis nostris volant, item apes, quae ex alveis nostris evolant et secundum consuetudinem redeunt, a nobis possideri¹⁾. Hier liegt weder eine custodia im eigentlichen Sinne vor, die ausgeflogenen Tauben und die ausgeschwärmten Bienen sind vielmehr dem Zugriffe jedes Dritten ausgesetzt, noch die Möglichkeit, den körperlichen Besitz jederzeit zu reproduciren, ich muss vielmehr warten, bis es den Thieren beliebt, zu mir zurückzukehren. Und eine derartige Fortdauer des Besitzes vertritt bereits Celsus²⁾, das beweist, dass das Custodiapincip, sei es im eigentlichen Sinne des Wortes, sei es im Sinne des Paulus, niemals das Princip der römischen Jurisprudenz als solcher gewesen ist, dass mindestens seit Celsus Thatbestände anerkannt worden sind, in denen der Besitz trotz Verlustes der custodia fort dauert. Die Lehre Nervas ist ebenso wie die Barons eine blosse wissenschaftliche Theorie, ebenso wie diese stellt sie einen Versuch dar, die schwierige Frage des Besitzverlustes bei beweglichen Sachen zu lösen. Freilich unterscheidet sie sich darin recht sehr von der Baronschen Ansicht, dass sie erheblich grösseren Beifall und Einfluss erlangt hat als diese.

Der zweite Abschnitt des Brucknerschen Buches behandelt die custodia im technischen Sinne. Dass dieser Abschnitt viel des Anregenden bietet, dass er reiche Quellenkenntnisse, eine erhebliche juristische Kraft verräth, ist ohne weiteres zuzugeben. Aber Anhänger wird Bruckner schwerlich finden. Zwar ist einzuräumen, dass die Quellen eine custodia im technischen Sinne kennen, aber ihren Begriff zu bestimmen und

¹⁾ L. 3 § 16 D. eod. Vgl. auch Gaius II § 68, Coll. XII, 7 § 10, I. 8 § 1 D. fam. erc. 10, 2. — ²⁾ Coll. XII, 7 § 10.

ihre Bedeutung für das Justinianische Recht klarzustellen, ist Bruckner nicht gelungen. Es ist dies freilich auch nicht eben leicht und zwar insbesondere deshalb nicht, weil im *corpus iuris civilis* eine zwiefache Auffassung vorkommt: die eine lässt den zur *custodia* im technischen Sinne Verpflichteten unbedingt, d. h. für Zufall eintreten, die andere lässt ihn nur wegen Schuld haften. Dass ein solcher Widerspruch innerhalb der Justinianischen Compilation vorhanden ist, wird freilich im allgemeinen nicht anerkannt, theils wird geleugnet, dass sich die erstgenannte, theils dass sich die zweite Meinung vertreten findet. Jenes thut die herrschende Meinung, welcher sich auch Gerth anschliesst, Bruckner dagegen legt alles Gewicht auf diejenigen Stellen, aus denen sich eine unbedingte Haftung des zur *custodia* Verpflichteten ergibt. Er weist zunächst (§§ 13. 14), und mit vollem Recht, darauf hin, dass von den Quellen die *actio furti* mitunter dem Detentor und nicht dem Eigenthümer der Sache gegeben, und diese Competenz durch die *Custodia*haftung des ersteren erklärt wird. Die Hauptbelegstelle ist Gaius III §§ 205—207¹⁾, in den Justinianischen Institutionen §§ 15 (17) bis 17 (19) d. obl. q. e. del. nasc. 4, 1, wo vom *fullo* und *sarcinator*, sowie vom *Commodatar* die Rede ist. In Betracht kommt ferner die vom *nauta* und *caupo* handelnde l. un. § 4 D. furt. adv. naut. 47, 5²⁾. Es ist Bruckner ohne weiteres zugegeben, dass aus

¹⁾ Item si *fullo* *polienda* curandave aut *sarcinator* *sarcienda* vestimenta mercede certa acceperit eaque furto amiserit, ipse *furti* habet actionem, non dominus, quia domini nihil interest ea non periisse, cum iudicio locati a *fullone* aut *sarcinatore* suum consequi possit, si modo is *fullo* aut *sarcinator* rei praestandae sufficiat; nam si solvendo non est, tunc quia ab eo dominus suum consequi non potest, ipsi *furti* actio competit, quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse. Quae de *fullone* aut *sarcinatore* diximus, eadem transferemus et ad eum, cui rem commodavimus. Nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare. Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non praestat, tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo (malo) fecerit. Quae de causa (si) res ei subrepta fuerit, quia restituendae eius nomine depositi non tenetur, nec ob id eius interest, rem salvam esse, *furti* (itaque) agere non potest, sed ea actio domino competit. —

²⁾ Ulpianus libro XXXVIII ad edictum. Quod si receperit salvum fore *caupo* vel *nauta*, *furti* actionem non dominus rei subreptae, sed ipse

der alleinigen Competenz des Detentors zur actio furti auf seine unbedingte Haftung für Diebstahl zu schliessen ist, und dass, da diese Competenz auf seine Haftung für custodia zurückgeführt wird, diese ein unbedingtes Entstehen für Diebstahl zur Folge haben muss. Dieses Ergebniss bestätigt die l. 52 § 3 D. pr. soc. 17, 2, welche dem Socius, der eine Sache mit einer Taxe empfangen hat, schlechthin für Diebstahl entstehen lässt, „quia custodiam praestare debuit“ (Gerth S. 30, 36) ¹⁾.

Für die Natur der Custodiahaftung als einer unbedingten Haftung sprechen ferner diejenigen Stellen, in welchen von bestimmten Personenklassen neben der allgemeinen Haftung für diligentia eine Haftung für custodia gefordert wird. So heisst es in der l. 5 § 15 D. comm. v. c. 13, 6 vom Miether und Commodatar: „et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere“. In der l. 1 § 35 D. dep. v. c. 16, 3 wird von dem Depositar, der sich aufgedrängt hat, gesagt: „ut non solum dolum sed etiam culpam et custodiam praestet“. Die Klage gegen den Faustpfandgläubiger wird in der l. 13 § 1 D. d. pign. act. 13, 7 so charakterisirt: „Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato, venit et custodia, vis maior non venit.“ Dasselbe besagt die l. 19 C. d. pign. 8, 13 (14): „Sicut vim maiorem creditor praestare necesse non habet, ita dolum et culpam, sed et custodiam exhibere cogitur.“ In den sententiae des Paulus II, 4 § 3 heisst es: „Custodia enim et diligentia rei commodatae praestanda est.“ In diesen Stellen wird von dem Detentor eine Bewachung der Sache gefordert ohne Rücksicht darauf, ob die Beobachtung der diligentia diligentis patris familias eine solche Bewachung fordert oder nicht. Auch dann, wenn der bonus paterfamilias jede Bewachung für überflüssig erachtete, muss der zur custodia Ver-

habet, quia recipiendo periculum custodiae subit.“ Die von Bruckner S. 211 und Anm. 1 noch ausserdem angeführten Stellen sind für sich allein nicht beweisend. Dasselbe gilt von l. 14 § 17 D. de furt. (siehe S. 54 Anm. 1). Dass hier dem Boten die a. furti unter Ausschliessung des Absenders resp. des Adressaten zustehe, ist nicht gesagt.

¹⁾ Von einem Custodiaversprechen, wie Gerth (S. 40) annimmt, ist mit keinem Worte die Rede.

pflichtete bewachen. Es fragt sich aber: Wie muss er bewachen? Genügen mechanische Vorrichtungen? genügt eine Bewachung durch Thiere? genügt eine Bewachung durch fremde Personen? durch was für Personen? oder muss der zur custodia Verpflichtete selber bewachen? auch bei Nacht? Solche und noch hundert ähnliche Fragen könnten aufgeworfen werden. Eine Lösung derselben aus dem Principe der Diligenz ist unmöglich, denn der für custodia Haftende muss ja ausser dieser noch diligentia prästiren. Können wir uns aber des Maassstabes der Diligenz nicht bedienen, so fehlt es uns überhaupt an einem Massstabe, „über die Sorgfalt eines diligens paterfamilias hinaus liegt nur die Sorgfalt eines Narren“. Es bleibt dann nur eine unbedingte Haftung übrig.

Die Ansicht Bruckners, dass die Custodiahaftung eine unbedingte Haftung sei, findet also allerdings in den Quellen Bestätigung. Aber gewiss nicht die Definition, welche Bruckner von dieser Custodiahaftung giebt. Er verwendet hier nämlich die unglückselige Besitzescustodia (§ 18, vgl. auch S. 185). Die Garantiecustodia, wie er die custodia im technischen Sinne treffend nennt, umfasst nach ihm „alle die Fälle, wo eine Restitution der Sache deswegen nicht möglich ist, weil die Sache sich beim Schuldner nicht mehr vorfindet“. „Den schönsten Beweis für die Richtigkeit dieses Satzes findet er (S. 185) in der l. 13 Pr. D. comm. v. c. 13, 6, wo es heisst: „Is qui commodatum accepit, si non apparentis rei nomine commodati condemnatur, cavendum ei est, ut repertam dominus ei praestet.“ Selbst wenn man Bruckner zugeben wollte, es werde hier gesagt, dass der Commodatar immer verurtheilt werden müsse, wenn sich die Sache bei ihm zur Rückgabezeit nicht mehr vorfinde — wovon die Stelle doch offenbar kein Wort enthält —, so ist damit doch immer noch nicht gesagt, dass diese Verurtheilung gerade wegen der Custodiahaftung des Commodatars zu erfolgen habe. Unter den Unfällen, die infolge der Prästation der Garantiecustodia zu vertreten sind, nennt Bruckner neben dem eigentlichen furtum auch den Raub (rapina, effractura latronum). Belegstelle ist ihm die l. 2 § 22 D. vi bon. rapt. 47, 8¹⁾, die er aber falsch

¹⁾ Ulpianus libro LVI ad edictum. In hac actione non utique

versteht (S. 174 f.). „Ex bonis“ („ex substantia“) „aus dem Vermögen“ erklärt er: „wenn das Vermögen (substantia) des Betreffenden durch den Raub der Sache eine Einbusse erlitten hat“. „Die Sache ist in diesem Falle aus seinem Vermögen weggenommen, obwohl sie nicht in demselben war, indem durch die Thatsache des Raubes selbst ein minus in seinem Vermögen entstand, und zwar ein minus, das, sofern es sich um Haftung handelt, der res ablata äquivalent ist.“ Die zutreffende Erklärung dieser kaum misszuverstehenden Stelle giebt bereits Keller (*Semestria ad Ciceronem* lib. 3 p. 550): „Non illud spectamus, an actoris fuerunt res ablatae sive ex iure Quiritium sive in bonis, sed sufficit inter bona eius, quum raperentur, ex facto magis quam certo iure fuisse, dummodo ne plane nihil actoris interest eas res ablatas.“ Diese weitgehende Kompetenz zur a. vi bonorum raptorum erklärt sich daraus, dass in Rom ein erhebliches öffentliches Interesse daran bestand, Räubereien der gerechten Bestrafung nicht entgehen zu lassen. War die a. vi bonorum raptorum doch eingeführt worden, um den Gewaltthätigkeiten, an welche man sich in den Bürgerkriegen gewöhnt hatte, zu steuern¹⁾. Dass die Kompetenz zur a. vi bonorum raptorum in späterer Zeit eine ausgedehntere gewesen sei als in der früheren, wie Bruckner (S. 175 Anm. 1) behauptet, ist ganz unbeweisbar. Mit der Custodiahaftung hat die Berechtigung zur Anstellung der a. vi bonorum raptorum also nichts zu thun. — Noch weniger kann man sich damit einverstanden erklären, wenn Bruckner auch solche Fälle als Kraft der Garantiecustodia zu vertretende aufführt, in denen der Schuldner selbst sich der Detention begiebt, z. B. die Vertauschung, das Verlieren und Nichtauffinden, die absichtliche (dolose) Dereliction der Sache.

spectamus rem in bonis actoris esse: sive in bonis sit sive non sit, si tamen ex bonis sit, locum haec actio habebit. Quare sive commodata res sit sive locata sive etiam pignerata proponatur sive deposita apud me sic, ut intersit mea eam non auferri, sive bona fide a me possideatur, sive usumfructum in ea habeam vel quod aliud ius, ut intersit mea non rapi: dicendum est competere mihi hanc actionem, ut non dominium accipiamus, sed illud solum, quod ex bonis meis, hoc est ex substantia mea res ablata esse proponatur.

¹⁾ Vgl. v. Savigny, *Zeitschr. f. gesch. Rechtsw.* V S. 126 f.

Denn was haben diese Fälle mit einer Custodiapflicht des Detinenten zu thun? Die custodia kann sich doch immer nur auf äussere, d. h. nicht durch unser eigenes Thun herbeigeführte Unfälle beziehen¹⁾. Und wenn das Recht jemandem die Pflicht zur custodia mit der Wirkung einer unbedingten Haftung auferlegt, so kann dies doch nur heissen, der für custodia Haftende habe alle diejenigen die Sache betreffenden Ereignisse zu vertreten, deren Abwehr Zweck der custodia — der Bewachung, Beschirmung, Behütung der Sache — ist, zu deren Abwehr die custodia aber auch ausreicht. Raub vertritt deshalb der Custodient nicht, „custodia adversus vim parum proficit“²⁾, nur durch Gewalt kann Gewalt vertrieben werden. Noch ohnmächtiger ist die custodia gegenüber Naturereignissen. Natürlich kann der Custodient auch wegen einer durch Naturereignisse herbeigeführten Vernichtung oder Beschädigung der Sache haftbar werden, aber nur wenn er in Schuld war, mit der Garantiecustodia hat diese Haftung nichts zu thun. Zu vertreten ist dagegen der Diebstahl, die Diebstahlshaftung ist sogar die wichtigste Folge der Custodiapflicht. Zu vertreten ist ferner das Entlaufen des Viehes, wie aus § 3 a I. d. empt. e. vend. 3, 23 zu schliessen ist, wohl auch die Beschädigung durch Thiere, wie aus der in l. 2 pr. D. si quadr. paup. fec. dic. 9, 1³⁾ angegebenen Competenz zur actio de pauperie zu entnehmen sein möchte. Zweifelhaft ist es, ob der Custodient auch für damnum iniuria datum aufzukommen hat. Man wird unterscheiden müssen: Handelt es sich um Beschädigungen der Sache durch unmittelbare Einwirkungen auf dieselbe, so haftet der Custodient, denn solche Beschädigungen zu verhüten, ist ebenfalls Zweck der Bewachung. Für andere Sachbeschädigungen hat der Custodient dagegen nicht einzustehen, sie sind durch blosser Bewachung nicht abzuwenden. Es liegt auch kein Grund vor, die Custodiahaftung auf Mobilien zu beschränken, nur dass bei Immobilien ihr Hauptanwendungsfall, die Haftung für furtum, in

¹⁾ Vgl. Brinz II § 268 und Bruckner selber S. 31 f. — ²⁾ L. 31 pr. D. d. A. E. V. 19, 1. — ³⁾ Paulus libro XXII ad edictum. Haec actio non solum domino, sed etiam ei, cuius interest, competit veluti ei, cui res commodata est, item fulloni, quia eo quod tenentur, damnum videntur pati.

Wegfall kommt. Dass sie indessen hier nicht ganz ausgeschlossen gewesen, beweist die früher citirte l. 36 d. A. E. V. und die l. 29 loc. cond. 19, 2¹⁾, wo von dem Pächter der Staatsforsten eine unbedingte Haftung für den Schutz derselben gefordert wird.

Das, was Bruckner über die Entstehung der technischen custodia sagt (§ 17), kann man unterschreiben. Gewiss wird ihr Ursprung in dem Custodiaversprechen zu suchen sein, welches man allmählich subintelligirte. Die Garantiecustodia hat sich danach im allgemeinen im Wege des Gewohnheitsrechts herausgebildet, in Einem Falle beruht sie indessen auf dem prätorischen Edict: beim receptum nautarum cauponum stabulariorum. Dieses Edict mag aus einer Zeit stammen, in welcher sich die vertragsmässige Custodiahaftung noch nicht zur gewohnheitsrechtlichen verdichtet hatte²⁾. Gerade beim receptum lag ausserdem in besonders hohem Maasse das Bedürfniss nach einer strengen Haftung vor: „quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere“ (l. 1 § 1 D. naut. caup. stab. 4, 9). Es ist daher nicht eben verwunderlich, dass der Prätor diesen Fall dem schwankenden Gewohnheitsrecht entzog und ihn auf die feste Basis des Gesetzes stellte. An eine durch das Edict erfolgte Verschärfung der Haftung über das Gewohnheitsrecht hinaus braucht man doch nicht gerade nothwendig zu denken. — Welche Personen in Rom sonst noch für technische custodia zu haften hatten, lässt sich mit Sicherheit nicht bestimmen. Nach den bisher erwähnten Stellen wären es der Commodatar, der conductor, gewisse conductores operis, der Depositar, der sich aufgedrängt hat, der Faustpfandgläubiger, der Socius, der eine Societätsache ästimirt empfangt, vielleicht der Verkäufer, hinzu kommt jedenfalls der horrearius (l. 55 pr., l. 60 § 9 D. loc. cond. 19, 2). Bruckner verlangt in Uebereinstimmung mit Brinz³⁾ custodia im technischen Sinne von allen denjenigen Besitzern in fremden Namen, welche diligentia diligentis patris familias prästiren und zugleich die Sache durch den Willen des Eigenthümers in ihre Hände bekommen haben (S. 143). Es kann

¹⁾ Pernice II S. 352. 360. Vgl. Brinz § 268 Anm. 2. — ²⁾ Vgl. Pernice S. 348 und Anm. 9, S. 351 Anm. 25, Brinz S. 269 Anm. 42, Lehmann in dieser Zeitschrift Bd. 9 S. 117. — ³⁾ § 269 S. 267 f.

sein, dass er Recht hat, beweisen lässt es sich nicht. Die l. 86 (85) D. d. furt. 47, 2, auf welche sich Brinz und Bruckner stützen, ist jedenfalls unerheblich ¹⁾).

Wenn so durchaus zuzugeben ist, dass die Ansicht: die Custodiahaftung komme in den Quellen im Sinne einer unbedingten Haftung vor, wohlbegründet ist, so giebt es doch auch zahlreiche Stellen, welche dieser Auffassung der custodia ganz und gar widersprechen. Bruckner selber führt die wichtigsten derselben mit anerkennenswerther Ehrlichkeit auf. Zunächst die l. 14 § 10 D. d. furt: „An pater cuius filio commodata res est, furti actionem habeat, quaeritur. Et Iulianus ait patrem hoc nomine agere non posse, quia custodiam praestare non debeat: sicut, inquit, is qui pro eo, cui commodata res est, fideiussit, non habet furti actionem. Neque enim, inquit, is cuiuscumque intererit rem non perire, habet furti actionem, sed qui ob eam rem tenetur, quod ea res culpa eius perierit: quam sententiam Celsus quoque libro duodecimo digestorum probat.“ Hier wird gesagt, dass nicht jedem die actio furti zusteht, der irgend ein Interesse an der Erhaltung der Sache hat, sondern nur demjenigen, der den Diebstahl verschuldet hat. Da nun im zweiten Satze der Stelle die Diebstahlshaftung des Vaters des Commodatars mit der Begründung verneint wird, dass derselbe nicht custodia zu prästiren habe, so ergiebt sich das Resultat, dass nach der Ansicht Julians, die Ulpian adoptirt, die Haftung für custodia eine Haftung für culpa ist. Der § 12 eod. lautet: „Quod si conduxerit quis, habebit furti actionem, si modo culpa eius subrepta sit res.“ Also auch hier wieder die Haftung für Diebstahl keine unbedingte, sondern eine durch Schuld bedingte. Bruckner allegirt ferner mehrere vom Pfandgläubiger handelnde Stellen. Zunächst die l. 5 C. d. act. pign. 4, 24: „Si creditor sine vitio suo argentum pignori datum perdidit restituere id non cogitur: sed si culpa reus deprehenditur vel non probat manifestis rationibus se perdidisse, quanti debitoris interest condemnari debet“. Hier wird der Faustpfandgläubiger vom Ersatze befreit, wenn ihm die verpfändete Sache ohne seine Schuld abhanden gekommen ist. Dasselbe besagt l. 8 eod. ²⁾),

¹⁾ Siehe unten S. 49 Anm. 1. — ²⁾ Si nulla culpa aut segnitia

sowie § 4 I. qu. mod. re contr. obl. 3, 14¹⁾). Auch die l. 10 § 1 und die l. 20 D. comm. v. c. 13, 6²⁾ stehen der Auffassung der Custodiahaftung als einer unbedingten entgegen. Das „aeque“ der ersteren Stelle bezieht sich auf den vorhergehenden Satz zurück, der „inspector“ haftet während der Zeit, wo die Sache durch einen von ihm gewählten Boten zurückgebracht wird, in gleicher Weise für Schuld wie vorher, d. h. wie während der Zeit, wo sich die Sache noch bei ihm selber befand. Da nun für diese letztere Zeit nach dem Wortlaute der Stelle custodia zu prästiren war, so ergibt sich, dass die Custodiahaftung eine Haftung für Schuld ist. Die l. 20 cit. entscheidet die in ihr erörterte Frage aus dem Principe der culpa in eligendo. Der Commodatar hat für den Verlust der Sache, der sich beim Zurückbringen derselben durch Abfangen des vom Commodatar ausgesuchten Ueberbringers zugetragen hat, nur dann aufzukommen, wenn er bei der Auswahl des Boten unvorsichtig gewesen ist.

Diese Stellen widersprechen der Annahme, die Haftung für custodia sei eine Haftung für Zufall, durchaus. Sie lassen sich mit denjenigen Stellen, welche die Custodiahaftung in dieser Weise charakterisiren, nicht vereinigen. Auch Bruckner

creditori imputari potest, pignorum amissorum dispendium ad periculum eius minime pertinet. Sane si simulata amissione etiam nunc eadem pignora, ut adseveras, a parte diversa possidentur, adversus eum experiri potes.

¹⁾ Creditor quoque qui pignus accepit re obligatur, qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur actione pignoratitia. Sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris quo magis ei pecunia crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet: quam si praestiterit et aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse nec impediri creditum petere. — ²⁾ L. 10 § 1: Si rem inspectori dedi, an similis sit ei cui commodata res est, quaeritur. Et si quidem mea causa dedi, dum volo pretium exquirere, dolum mihi tantum praestabit: si sui, et custodiam: et ideo furti habebit actionem. Sed etsi dum refertur periit, si quidem ego mandaveram per quem remitteret, periculum meum erit: si vero ipse cui voluit commisit, aeque culpam mihi praestabit, si sui causa accepit. L. 20: Argentum commodatum si tam idoneo servo meo tradidissem ad te perferendum, ut non debuerit quis aestimare futurum, ut a quibusdam malis hominibus deciperetur, tuum, non meum detrimentum erit, si id mali homines intercepissent.

ist diese Vereinigung keineswegs gelungen. Seine Hauptargumentation bildet die Behauptung, dass die römischen Juristen „die unbedingte Custodiahaftung als Haftung für eine vom Gesetze fingirte culpa betrachtet hätten“ (S. 182). Zum Beweise beruft er sich (S. 181) lediglich auf eine Aeusserung des Theophilus, dessen Auffassung doch gewiss nicht so ohne weiteres mit denen der Pandektenjuristen identificirt werden darf. Dass diese die Custodiahaftung als eine Haftung für fingirte culpa nicht erachtet haben, geht aus l. 3 § 1 D. naut. caup. stab. 4, 9 klar hervor, wo von Ulpian zustimmend eine Aeusserung des Pomponius citirt wird, der als Grund für die Einführung der besonderen Haftung ex excepto angiebt: „quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur, at hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res perit vel damnum datum est.“ Die Haftung des Recipienten, welche hier als eine Haftung für Zufall charakterisirt wird, ist die Custodiahaftung¹⁾. Wenn aber die römischen Juristen die Haftung des Custodienten als eine Haftung für fingirte Schuld betrachtet hätten, dann hätten sie dies gewiss doch auch immer gethan. Wenn sie an der einen Stelle culpa im Sinne einer wirklichen Schuld, an der anderen im Sinne einer bloss fingirten Schuld nehmen, woran erkennt man denn eigentlich, welche von beiden sie meinen? — Das, was Bruckner über die einzelnen „kritischen“ Stellen sagt, ist im wesentlichen belanglos. Dass in der l. 14 § 12 cit. „culpa“ lediglich im Sinne von „nicht dolos“ zu verstehen ist, kann doch unmöglich zugegeben werden. Da hätte sich Ulpian doch anders ausdrücken müssen, wie er sich auch in § 8 eod. anders ausgedrückt hatte. Die Auffassung, dass der Jurist habe sagen wollen, der conductor rei habe die actio furti, „insofern der Diebstahl nur nicht ohne seine Schuld vorgekommen sei“, bezeichnet Bruckner (S. 193) als eine schlechterdings unmögliche; sehr mit Unrecht. Furti actionem habere heisst: zur actio furti legitimirt sein, darüber kann kein Zweifel sein. Selbstverständlich kann es nun auch vorkommen, dass ein ganz schuldloser Detentor der Sicherheit halber die actio furti anstellt, es liegt in dieser Anstellung auch durch-

¹⁾ S. unten S. 57, 58.

aus kein Schuldbekenntniss, aber wenn er vor der Verurtheilung des für seinerseits freigesprochen wird, so ist auch der für freizusprechen, denn es hat sich jetzt herausgestellt, dass der Detentor zur Diebstahlsklage gar nicht legitimirt war. Die von dem Faustpfandgläubiger handelnden Stellen sucht Bruckner lediglich durch die angebliche Auffassung der römischen Juristen von der Haftung für Garantiecustodia als einer Haftung für fingirte Schuld zu beseitigen (vgl. S. 198 Anm. 5 und dagegen Gerth S. 51 Anm. 1). In der l. 10 § 1 und der l. 20 comm. v. c. operirt er mit der custodia als der „Möglichkeit, die Detention der Sache wieder unmittelbar zu erlangen“.

Zu den von Bruckner selber im § 21 als kritisch bezeichneten Stellen kommen aber noch mehrere andere hinzu, die ebenfalls der Ansicht, der zur custodia Verpflichtete hafte für Zufall, entgegenstehen. Es kann ganz abgesehen werden von den zahlreichen Fragmenten, in welchen von denjenigen, welche „domini voluntate rem tenent“ nur eine Haftung für culpa oder diligentia verlangt, die custodia aber überhaupt nicht erwähnt wird¹⁾. Nur folgende Stellen seien angeführt: In der l. 1 § 35 D. dep. v. c. 16, 3 wird von dem sich aufdrängenden Depositär gesagt, dass er zwar culpa und custodia, aber nicht casus fortuiti prästire. Die Custodiahaftung kann hiernach keine Haftung für Zufall sein. Wenn Bruckner meint (S. 277), es werde hier als „selbstverständlich nicht weiter erwähnt, dass, was die custodia anlange, nur vis maior sich als casus fortuitus ergeben könne“, so ist das lediglich willkürlich. Selbstverständlich ist in der Jurisprudens überhaupt nichts. Auch § 5 I. d. cond. et loc. 3, 24²⁾, weist Bruckner

¹⁾ Man sehe vor allem die l. 23 D. d. R. J. Auch die l. 86 (85) D. d. furt., auf welche Bruckner ein so grosses Gewicht legt, gehört hierher. Da im zweiten Satze der Stelle die culpa genannt wird, so ist anzunehmen, dass auch der erste Satz an einen culpos verursachten Diebstahl denkt. Sonst wäre die Gegenüberstellung beider Sätze (autem) nicht zu verstehen. Vgl. auch l. 18 pr. D. comm. v. c. 13, 6 (Gerth S. 31), l. 22 pr., l. 30 D. d. pign. act. 13, 7 (Bruckner S. 214 f., Gerth S. 32). — ²⁾ Qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut iumenti mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia ialis desideratur, qualem diligentissimus pater familias suis rebus ad-

kurz von der Hand (S. 277 Anm. 1), und doch ist auch diese Stelle bedeutungsvoll, da aus ihr hervorgeht, dass auch die Custodiapflicht des Miethers nicht eine Haftung für Zufall in sich schliesst. Man sehe ferner die l. 3 D. d. P. e. C. 18, 6: „Custodiam autem venditor talem praestare debet, quam praestant hi quibus res commodata est, ut diligentiam praestet exactiorem quam in suis rebus adhiberet“. Hier wird an die vom Commodatar zu prästirende custodia der Massstab der Diligenz gelegt, auch die Custodiahaftung des Commodatars kann hiernach keine Haftung für Zufall sein. Hiermit stimmen überein l. 1 § 4 D. d. O. e. A. 44, 7 und der mit ihr fast gleichlautende § 2 I. quib. mod. re contr. obl. 3, 14 (Gerth S. 31. 32), wo vom Commodatar eine „exactissima“ resp. eine „exacta“ diligentia custodiendae rei gefordert und betont wird, dass es für ihn nicht genüge, „eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit“. Vom Commodatar handelt auch l. 5 § 5 D. comm. v. c. (Gerth S. 30. 48 f.). Sie verlangt von ihm die Prästation einer diligens custodia. — Man darf dreist behaupten, dass weit zahlreichere Stellen gegen als für die unbedingte Custodiahaftung sind.

Es fragt sich nun: wie kommt dieser Widerspruch in die Quellen? Es handelt sich nicht um einen Dissens unter den Juristen, so dass der eine dieser, der andere jener Meinung gefolgt wäre. Denn derselbe Jurist vertritt an der einen Stelle die Haftung für casus, an der anderen die Haftung für Schuld. Die Erklärung des Widerspruches liegt vielmehr in der historischen Entwicklung. Es handelt sich in denjenigen Stellen, welche eine Garantiecustodia anerkennen, lediglich um eine historische Reminiscenz. Die Garantiecustodia hat schon in den Zeiten der classischen Jurisprudenz keine Realität mehr gehabt. Erhalten bis in das Justinianische Recht hat sie sich nur beim receptum nautarum cauponum stabulariorum und bei der locatio horreorum.

Bruckner selber führt aus, dass die Custodiahaftung „viel älter als die Haftung für culpa“ sei (S. 177 und Anm. 1).

hibet. Quam si praestiterit et aliquo casu rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur.

Unter Haftung für culpa versteht Bruckner Haftung für diligentia diligentis patris familias. Doch war beides ursprünglich nicht dasselbe¹⁾. Culpa ist ursprünglich nur culpa in faciendo gewesen, eine Bedeutung, welche das Wort bei der stricti iuris obligationes auf das Geben einer bestimmten Sache auch noch im späteren Recht hat (l. 91 pr. D. d. V. O. 45, 1, Bruckner S. 64). Die Haftung für Diligenz ist erst verhältnissmässig spät aufgekommen und hat sich nur sehr allmählich über das Gebiet der bonae fidei iudicia verbreitet. Die l. 23 D. d. R. I. beweist, dass noch bis in die Zeit Ulpians hinein sich die Unterscheidung zwischen culpa und negligentia wenigstens nominell erhalten hatte. Es ist nun klar, dass die blosser Culpahaftung des Detentors — culpa im alten Sinne des Wortes genommen — den Eigenthümer durchaus nicht genügend sicherte, für das furtum Dritter haftete danach der Detentor niemals. Aushilfe gewährte die erst vertragsmässige, dann gewohnheitsrechtliche Custodiahaftung. Durch das Aufkommen der Diligentiapflicht änderte sich die Situation zu Gunsten des Eigenthümers um vieles. Ihm wurde jetzt alles, was er billigerweise verlangen konnte, denn wie Bruckner (S. 99) ganz zutreffend bemerkt, „er könnte ja auch nicht mehr für die Sache thun, als sein Schuldner zu thun vom Rechte gehalten ist“. Ein Bedürfniss nach einer unbedingten Haftung lag regelmässig nicht mehr vor. Zudem musste man in dieser unbedingten Haftung vom Standpunkte der Diligentia-theorie aus eine schwere Ungerechtigkeit erblicken. Denn wie konnte man von einem Menschen mehr verlangen, als dass er handelte wie ein bonus paterfamilias? Es ist deshalb kein Wunder, dass eine Reaction gegen die unbedingte Custodiahaftung eintrat, es ist auch nicht zweifelhaft, dass diese Reaction von der Jurisprudenz ausging, der ja das Recht auch der Diligenzbegriff verdankte. Dagegen lässt sich weder sagen, wann diese Reaction begonnen hat, noch welche Entwicklungsstadien sie durchgemacht hat. Kein schlechthin entscheidendes Gewicht ist auf l. 91 (90) D. d. furt.²⁾ zu legen, in

¹⁾ Man vergleiche Stellen wie l. 5 § 3 D. comm. v. c., l. 23 D. d. R. I. Siehe auch Pernice, Labeo S. 284 f., S. 330 f., Dernburg, Pandekten II § 37 S. 99. — ²⁾ Iavolenus libro nono ex posterioribus Labeonis: Fullo actione locati de domino liberatus est: negat eum furti

welcher eine Ansicht des Labeo wiedergegeben wird. Denn diese Stelle lässt sich auch mit der Annahme einer unbedingten Custodiahaftung vereinen. Die Freisprechung des fullo braucht nicht nothwendig deshalb erfolgt zu sein, weil er ohne culpa war, sie kann auch lediglich auf einem Versehen des Richters beruht haben oder darauf, dass die Custodiahaftung in dem betreffenden Falle nicht in Betracht gekommen, z. B. weil Gewalt angewendet worden war (vgl. Bruckner S. 194 f.). Auch l. 5 § 13 D. comm. v. c. 13, 6 und l. 30 D. d. pign. act. 13, 7¹⁾, wo es sich um Aeusserungen des Cartilius resp. des Alfenus Varus handelt, sind nicht durchaus beweiskräftig. Denn auf die hier besprochenen Verlustfälle bezog sich die Custodiahaftung möglicherweise nicht. Gegner wenigstens der unbedingten Haftung für Sachbeschädigung scheint Celsus gewesen zu sein²⁾. Einen wesentlichen Antheil an der Beseitigung der Custodiahaftung hat jedenfalls Julian gehabt. Sowohl die Haftung für Sachbeschädigung wie diejenige für Diebstahl stellt er unter die Normen der Haftung für Diligenz. In ersterer Beziehung kommt in Betracht die l. 19 D. comm. v. c. 13, 6: „Ad eos qui servandum aliquid conducunt aut

recte acturum Labeo. Item si furti egisset, priusquam ex locato cum eo ageretur et, antequam de furto iudicaretur, locati actione liberatus esset, et fur ab eo absolvi debet. Quod si nihil eorum ante accidisset, furem ei condemnari oportere. Haec idcirco, quoniam furli eatenus habet actionem, quatenus eius interest.

¹⁾ L. 5 § 13 D. comm. v. c.: Si me rogaveris, ut servum tibi cum lance commodarem, et servus lancem perdiderit, Cartilius ait periculum ad te respicere, nam et lancem videri commodatam: quare culpam in eam quoque praestandam. Plane si servus cum ea fugerit, eum qui commodatum accepit non teneri, nisi fugae praestitit culpam. — L. 30 D. d. pign. act.: Qui ratiario crediderat, cum ad diem pecunia non solveretur, ratem in flumine sua auctoritate detinuit: postea flumen crevit et ratem abstulit. Si invito ratiario retinuisset, eius periculo ratem fuisse respondit: sed si debitor sua voluntate concessisset, ut retineret, culpam dumtaxat ei praestandum, non vim maiorem. —

²⁾ Vgl. das „incendium“ der l. 52 § 3 D. pr. soc. 17, 2, wo Celsus das Wort führt (siehe auch unten S. 61). Auf den Schlusssatz der l. 14 § 10 D. d. furt.: „quam sententiam Celsus quoque libro duodecimo digestorum probat“, ist dagegen kein Gewicht zu legen, da sich derselbe wohl nur auf die hier speciell zur Entscheidung stehende Frage — „an pater, cuius filio commodata res est, furti actionem habeat“ — bezieht.

utendum accipiunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere procul dubio est: qua enim cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det?“ Bedeutsam an diesem Ausspruch ist weniger die Entscheidung als die Begründung. Eine Haftung wegen Sachbeschädigung wird deswegen abgelehnt, weil letztere durch keinerlei Sorgfalt verhütet werden könne. Damit wird geleugnet, dass die in der Stelle genannten Detentoren überhaupt unbedingt haften, nicht bloss, dass sie für Sachbeschädigung unbedingt haften. Die Aeusserung Julians wurde später als zu weit gehend von Marcellus etwas eingeschränkt¹⁾, von einer unbedingten Vertretung der Sachbeschädigung ist aber auch bei ihm keine Rede. Von Julian rührt aber auch der oben bereits citirte, von Ulpian in der l. 14 § 10 D. d. furt. wiedergegebene Ausspruch her, dass nur derjenige die actio furti habe, „qui ob eam rem tenetur, quod ea res culpa eius perierit“. In diesen Worten liegt die Leugnung jeder unbedingten Haftung für Diebstahl. Julian ist ferner Autor der allerdings weniger beweiskräftigen l. 20 D. comm. v. c. Julian ist es endlich auch, der sich dahin ausspricht²⁾, dass der sich zum depositum Aufdrängende zu prästiren habe „non solum dolum sed etiam culpam et custodiam, non tamen casus fortuitos“. — Ob und inwieweit die unbedingte Custodiahaftung noch in der Jurisprudenz nach Julian bewusste Vertreter gefunden hat, lässt sich mit Bestimmtheit nicht sagen. Dass sich in den Quellen Aussprüche finden, die von nachjulianischen Juristen herrühren und die ihrem Wortlaute nach eine unbedingte Haftung anerkennen, wissen wir bereits. Diese Autoren als bewusste Vertreter der Auffassung der Custodiahaftung als einer Haftung für Zufall zu betrachten, muss man aber doch Bedenken tragen, da sie sich an anderen Stellen wieder für die blosse Diligentiaprästation aussprechen.

So Ulpian. In der l. 15 § 15 D. comm. v. c. billigt er die Ansicht des Celsus, nach welcher Miether und Commodatar „et dolum et culpam et diligentiam et custodiam“ zu prästiren haben. In der l. 52 § 3 D. pr. soc. stimmt er dem

¹⁾ Vgl. l. 41 D. loc. cond. 19, 2 S. 57. — ²⁾ Nach dem Berichte Ulpians in der wiederholt erwähnten l. 1 § 35 D. dep. v. c.

Celsus darin bei, dass der Socius, der die Sache ästimirt empfing, für custodia haftet und deswegen einen an der Sache begangenen Diebstahl zu vertreten hat. In der — allerdings sehr zweifelhaften — l. 14 § 17 D. d. furt.¹⁾ lässt er den Boten, der Geld für die Ueberbringung eines Briefes empfängt, custodia prästiren und stellt ihn hinsichtlich der Berechtigung, die actio furti anzustellen, dem caupo und magister navis gleich. In der l. 1 § 35 D. dep. v. c. ist er dagegen der Meinung des Julian, nach welcher der Custodient für Zufall nicht einzustehen hat. Von Ulpian rühren ferner l. 10 § 1 D. comm. v. c. und l. 14 § 12 D. d. furt. her, in welchen, wie ausgeführt, die Haftung desjenigen, der eine Sache zur Besichtigung erhalten hat, sowie die des Miethers auf culpa, d. h. auf diligentia diligentis patris familias, beschränkt wird. Ulpian ist endlich auch Autor der l. 5 § 5 D. comm. v. c., wo als die vom Commodatar zu prästirende custodia die „custodia diligens“ genannt wird. Danach ist klar, was Ulpian auch in den drei ersterwähnten Stellen unter custodia verstanden hat: die des diligens pater familias. Eine besondere, von der Diligentiaprästation unabhängige Custodiahaftung ist damit geleugnet.

Wenn ferner Paulus in den Sententiae (II, 4 § 3) sagt: „custodia et diligentia rei commodatae praestanda est“, und in der l. 36 d. A. E. V. cit. dem Verkäufer bis zur Tradition Haftung für custodia und diligentia auferlegt, so wird diesen Aussprüchen jede Bedeutung durch die ebenfalls von Paulus herrührende l. 3 D. d. P. e. C. 18, 6 entzogen, in welcher die vom Verkäufer und Commodatar zu leistende custodia dahin bestimmt wird, dass diese Personen zu bewähren hätten „di-

¹⁾ Si epistula quam ego tibi misi intercepta sit, quis furti actionem habeat? Et ideo quaeri potest an etiam is cui data est perferenda, furti agere possit. Et si custodia eius ad eum pertineat, potest: sed etsi interfuit eius epistulam reddere, furti habebit actionem. Finge eam epistulam fuisse, quae continebat, ut ei quid redderetur fieretve: potest habere furti actionem: vel si custodiam eius rei recepit vel mercedem perferendae accipit. Et erit in hunc casum similis causa eius et cauponis aut magistri navis: nam his damus furti actionem, si sint solvendo, quoniam periculum rerum ad eos pertinet. Vgl. über diese Stelle ausser Bruckner S. 229 f. auch Brinz § 269 A. 17, Pernice S. 350. 351, Windscheid § 401 A. 2, Lehmann S. 111.

ligentiam exactiorem quam in suis rebus“, d. h. die diligens eines bonus pater familias. Auch Paulus ist also kein Vertreter der unbedingten Custodiahaftung. Dass in den beiden zuerst allegirten Stellen custodia neben diligentia genannt wird, ist blosser historische Reminiscenz.

Zu erheblicheren Zweifeln giebt Gaius Veranlassung. Die §§ 205. 206 im dritten Buche seiner Institutionen lassen sich nur durch die Annahme einer unbedingten Diebstahlhaftung erklären, obgleich Gaius von dieser unbedingten Haftung nichts sagt. Gaius stellt ferner in l. 4 pr. D. naut. caup. stab. 4, 9¹⁾ die Custodiahaftung des fullo und sarcinator derjenigen des nauta, caupo und stabularius gleich, welche letzteren Personen unzweifelhaft noch im Justinianischen Recht für Zufall haften. Andererseits fordert er in l. 1 § 4 D. d. O. e. A. 44, 7 von dem Commodatar, den er in § 206 cit. auf eine Stufe mit dem fullo und sarcinator stellt, nur eine „exactissima diligentia custodiendae rei“, d. h. wie die Entgegensetzung der diligentia quam suis beweist, die diligentia boni patris familias. In der l. 2 § 1 D. d. P. e. C. 18, 6²⁾ ferner nennt er die custodia des diligens paterfamilias eine „plena“, diese custodia muss er also doch wohl für die äusserstenfalls zu prästirende halten. Hiernach darf man annehmen, dass Gaius zwar bereits die Haftung aus der custodia auf den Fall der mangelnden Diligenz beschränkt hat, die sich hieraus für die Diebstahlhaftung des Custodienten und dessen Competenz zur actio furti ergebenden Consequenzen aber zu ziehen noch versäumt hat.

Was den Faustpfandgläubiger anlangt, so scheint sich hier die strenge Custodiahaftung länger erhalten zu haben, als bei den anderen ursprünglich zur custodia Verpflichteten.

¹⁾ Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta ut traiciat vectores, caupo ut viatores manere in caupona patiat, stabularius ut permittat iumenta apud eum stabulari: et tamen custodiae nomine tenentur. Nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur. — ²⁾ Custodiam autem ante admetiendi diem qualem praestare venditorem oporteat, utrum plenam, ut et diligentiam praestet, an vero dolum dumtaxat, videamus. Et puto eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut fatale damnum vel vis magna sit excusatum.

Ulpian mag an ihr noch festgehalten haben¹⁾. Die l. 5 und 8 C. d. act. pign. 4, 24 verwerfen jede über diligentia hinausgehende Haftung des Pfandgläubigers, beweisen aber auch zugleich, dass unter den Rechtsuchenden noch die Ansicht bestand, der Pfandgläubiger hafte unbedingt für Rückgabe der Sache. Auf diesen älteren Standpunkt ging — wenigstens ihrem Wortlaute nach — die l. 19 C. d. pign. 8, 13 (14) von Diocletian zurück, indem sie das alte Custodiarecht wieder herstellte²⁾. Justinian dagegen milderte die Haftung des Pfandgläubigers wieder auf diligentia herab. Das beweist die Anreihung von l. 14 D. d. pign. act. an l. 13 § 1 eod.³⁾. Er begnügte sich mit dieser geringeren Haftung in Anbetracht des Umstandes, dass der Pfandcontract beiden Contrahenten vortheilhaft ist (§ 4 I. qu. mod. re contr. obl. 3, 14)⁴⁾.

Das Resultat für das jüngste römische Recht kann hier nach nicht zweifelhaft sein. Die Custodiahaftung ist — abgesehen von zwei gleich zu erwähnenden Fällen — aufgegangen in der allgemeinen Diligentiahaftung. Mit anderen Worten: die Haftung für custodia im technischen Sinne ist als gesetzliche Haftung verschwunden. Der zur Diligenz Verpflichtete hat auch für den Schutz der Sache zu sorgen in dem Maasse und in der Weise, wie dies der bonus paterfamilias thut. Zu einem Theile der diligentia ist die custodia aber auch jetzt nicht geworden. Es ist falsch, die custodia zu definiren als „die Sorgsamkeit eines diligens paterfamilias, die sich offenbart in der Bewahrung einer körperlichen Sache vor schädigenden Einwirkungen“⁵⁾. Gerade diese Offenbarung ist die custodia. Man darf sich nicht irre machen lassen durch die besondere Bedeutung, welche diligentia in der Verbindung mit praestare annimmt⁶⁾.

Nur in zwei Rechtsverhältnissen kommt auch nach neuestem römischem Rechte noch eine unbedingte Custodiahaftung

¹⁾ Vgl. l. 13 § 1 D. d. pign. act. Dagegen Gerth S. 52 f. Bedenken erregt freilich l. 22 pr. eod. (Bruckner S. 214 f.). — ²⁾ Dagegen Gerth S. 54. — ³⁾ So auch Gerth S. 53 und Anm. 1. — ⁴⁾ Vgl. auch Pernice S. 356 und Anm. 45. — ⁵⁾ Engelmann, Die custodiae praestatio, die — übrigens erheblich geringwerthigere — Concurrenzarbeit der Brucknerschen, S. 187. Aehnlich auch Windscheid § 265 Anm. 2. — ⁶⁾ Vgl. oben S. 35.

vor: bei der locatio horreorum¹⁾ und bei dem receptum nautarum, cauponum et stabulariorum. Dass der dominus horreorum für Diebstahl auch nach neuestem römischem Rechte unbedingt haftete²⁾, unterliegt keinem Zweifel. Zweifelhafte und mit Sicherheit überhaupt nicht zu entscheiden ist dagegen die Frage, ob der Speichervermieter auch für Beschädigungen der deponirten Sachen haftete³⁾. Dass diese Haftung in den Quellen nicht erwähnt wird, würde die Verneinung der Frage noch nicht rechtfertigen. Denn der Hauptzweck der Unterbringung im horreum war immer die Sicherung gegen Diebstahl. Indessen spricht l. 41 in Verbindung mit l. 40 D. loc. cond. 19, 2 gegen die Haftung für Sachbeschädigung⁴⁾. In der l. 40 legt Gaius das „periculum custodiae“ demjenigen auf, „qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei“. Dies ist aber auch und sogar vornehmlich beim horrei locator der Fall. Die unmittelbar angereichte, bereits erwähnte l. 41 von Ulpian sagt: „Sed de damno ab alio dato agi cum eo non posse Iulianus ait: qua enim custodia consequi potuit, ne damnum iniuria ab alio dari possit? Sed Marcellus interdum esse posse ait, sive custodiri potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit: quae sententia Marcelli probanda est.“ Dass beide Fragmente in der Compilation eine Einheit bilden, wird durch das „sed“ und das „eo“ der l. 41 bewiesen. Es ergibt sich hiernach das Resultat, dass der dominus horreorum für Sachbeschädigungen — wenigstens unbedingt — nicht haftet.

Dass sich die Zufallshaftung der nautae, caupones und stabularii auch im neuesten römischen Rechte erhielt, hatte seinen Grund vor allem in der gesetzlichen Fixirung, welche dieselbe durch das Edict des Prätors erfahren hatte. Hinzukam, dass diese strenge Haftung, wenigstens soweit es sich um den Schiffer handelte, durchaus praktisch war. Dass sie identisch ist mit der Custodiahaftung⁵⁾, geht aus l. 1 § 1. 8

¹⁾ Vgl. über dieses Institut Baron, Arch. f. d. civil. Prax. Bd. 52 S. 46 f., Goldschmidt, Ztschr. f. Handelsrecht Bd. 3 S. 107 f., Bruckner S. 222 f., Gerth S. 69 f. — ²⁾ Für die ältere Zeit vgl. l. 60 §§ 6. 9 D. loc. cond. 19, 2, l. 1 C. d. loc. 4, 65, Coll. X, 9. — ³⁾ Dagegen sowohl Bruckner S. 225 Anm. 3 als auch Gerth S. 73. — ⁴⁾ So auch Pernice S. 352 Anm. 31. — ⁵⁾ So auch Goldschmidt, Ztschr. f. Handelsrecht

und l. 5 pr. D. naut. caup. stab.¹⁾ klar und deutlich hervor. Das Edict setzte allerdings, wenigstens seinem Wortlaute nach, eine ganz unbedingte, weit über die Custodiahaftung hinausgehende Vertretungspflicht der nautae, caupones und stabularii fest: „Nautae caupones stabularii quod cuiusque salvum fore receperint, nisi restituent in eos iudicium dabo.“ Ob der Prätor indessen wirklich mehr als custodia im technischen Sinne von dem Recipirten hat verlangen wollen, ist mindestens zweifelhaft²⁾. Unzweifelhaft ist es, dass die römische Jurisprudenz sich mit der Custodiaprästation begnügt hat. Ihre Lehre über die Haftung der Schiffer, Wirthe und Stallhalter dürfte folgende gewesen sein:

Der Schiffer und die ihm gleichgestellten Personen prästiren custodia für alle von ihnen in Ausübung ihrer Dienstverrichtungen in Empfang genommenen Sachen (l. 1 § 8, l. 5 pr. D. h. t., l. un. § 4 D. furt. adv. naut. 47, 5). Sie haften infolge dessen unbedingt für Diebstahl. Beweis: l. 4 pr. D. h. t., l. un. § 4 D. cit., Beweis auch die Aeusserung Ulpian (l. 1 § 1 D. h. t.): „nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos quos recipiunt coëundi“³⁾. Sie haften aber auch ebenso unbedingt für Beschädigungen der aufgenommenen Sachen. Beweis: l. 5 § 1 D. h. t. Nicht mehr als die Custodiahaftung forderte auch Pomponius, der nach dem Berichte Ulpian (l. 3 pr. § 1 D. h. t.) sich dahin aussprach: „etiamsi nondum res in navem receptae, sed in litore perierint, quas semel recepit, periculum ad eum pertinere“ und „at hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit“⁴⁾. Es ist zugegeben (Gerth

Bd. 3 S. 112 f., Bd. 16 S. 327, Windscheid § 384 Anm. 6, Lehmann S. 111 f.

¹⁾ L. 1 § 1: „quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiam eorum committere. L. 1 § 8: et puto omnium eum recipere custodiam quae in navem illatae sunt. L. 5 pr.: Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia . . . et tamen custodiam nomine tenentur. — ²⁾ Dagegen auch Pernice S. 349. — ³⁾ Vgl. auch Brinz § 269 Anm. 34. — ⁴⁾ Es ist zweifelhaft, ob an dieser Stelle Pomponius oder Ulpian selber das Wort führt. Im letzteren Falle hat die Annahme der Identität zwischen der auferlegten Haftung und der Custodiahaftung noch weniger Bedenken, da Ulpian

S. 77 Anm. 2), dass das „periit“ der letzteren Stelle nicht bloss von dem Verluste der Sache durch Diebstahl zu verstehen ist, durch die für das *damnum fatale* gemachte Ausnahme beschränkt sich aber die Haftung für das „perire“ factisch fast auf eine solche für Diebstahl. Ein anderer Fall des *perire* wäre, dass dem *stabularius* bei ihm eingestellte Thiere entlaufen und so verloren gehen. Der *stabularius* hat dann infolge seiner Haftung aus dem *receptum* Ersatz zu leisten. — Ausser für *custodia* sollen der *nauta*, *caupo* und *stabularius* nun aber noch für die „facta“ ihrer Angestellten sowie der Passagiere und Reisenden haften. Dass diese Haftung eben die *Custodia*haftung ist — worauf die Deduction von Gerth (§ 7) hinausläuft —, ist nirgendwo gesagt¹⁾. Wenn Ulpian schreibt (l. 1 § 8 D. h. t.): „et puto omnium eum recipere custodiam quae in navem illatae sunt, et factum non solum nautarum praestare debere sed et vectorum“, so braucht man den zweiten Theil dieses Satzes doch nicht als Folgerung aus dem ersten aufzufassen. Und wenn es von Pomponius heisst (l. 3 pr. eod.): „Et ita de facto vectorum etiam Pomponius — scribit. Idem ait, etiamsi nondum sint res in navem receptae, sed in litore perierint, quas semel recepit, periculum ad eum pertinere“, so rechtfertigt nichts die Annahme, dass Pomponius auch im zweiten Satze nur an die *facta vectorum* gedacht hat. Die Haftung für Angestellte als *Custodia*haftung zu bezeichnen, wäre überdies geradezu schief gewesen. Denn wie Bruckner (S. 31) mit Recht sagt: „Es liegt im Begriffe des Schutzes, dass die Unfälle, gegen die er geleistet wird, ausserhalb des Interessekreises, welche den Wächter und die von ihm bewachte Sache umfasst, ihren Ursprung haben. Nicht hierher gehören alle die Unfälle, welche ihren Ausgangspunkt in der Person des Wächters haben“²⁾. Wollte man die Haftung des Schiffers für Sachbeschädigungen, Diebstähle und sonstige Delicte seiner Leute als eine Haftung für *custodia* bezeichnen, so müsste man folgerecht auch seine eigenen derartigen Handlungen, z. B. das von ihm selber an

selber die Haftung des *nauta* als eine Haftung für *custodia* bezeichnet (l. 1 § 8 D. h. t. S. 58 Anm. 1).

¹⁾ Dagegen auch Pernice S. 348. 349 Anm. 13. — ²⁾ Vgl. auch Brinz, Pandekten § 268 S. 261 und Anm. 3. A. A. Lehmann S. 110 f.

der anvertrauten Sache begangene *furtum*, als eine Verletzung seiner *Custodiapflicht* bezeichnen. Für die Haftung der Schiffer, Wirthe und Statthalter dürfte sich danach das Resultat ergeben, dass diese Personen einmal für *custodia* einzustehen und damit jeden Unfall zu vertreten haben, dessen Abwendung Zweck der Bewachung und Beschützung ist, und dass sie ferner für alle Handlungen, auch gewaltsame, ihrer Angestellten und der Passagiere zu haften haben, durch welche auf die ihnen anvertrauten Sachen in irgend einer Weise nachtheilig eingewirkt wird.

Wenn im Vorstehenden der Begriff der *custodia* im technischen Sinne zutreffend entwickelt worden ist, so bietet die Bestimmung des Begriffes der *vis maior* keine Schwierigkeiten mehr. Denn darüber kann kein Zweifel sein: die Haftung für *custodia* grenzt unmittelbar an die Haftung für *vis maior*. Wenn man Stellen wie l. 13 § 1 D. d. pign. act., l. 3 § 1 D. naut. caup. stab., l. 19 C. de pign. cit. betrachtet, so gewinnt man den Eindruck, dass hier unter dem Namen *vis maior* alle diejenigen Begebenheiten zusammengefasst werden, für welche der für *dolus*, *culpa* (*diligentia*) und *custodia* Haftende nicht einzustehen hat, also diejenigen Zufälle, welche der zur *custodia* Verpflichtete nicht vertritt. Dabin gehört jeder Gewaltact, wie *latrocinium*, *incursus hostium*, *piratarum insidiae*, *rapinae*, *tumultus*, *impetus praedonum* (l. 3 § 1 D. naut. caup. stab., l. 5 §§ 4—6, l. 18 pr. D. comm. v. c., l. 23 D. d. R. I., l. 1 § 4 D. d. O. e. A., l. 52 § 3 D. pr. soc., § 2 I. quib. mod. re contr. obl. cit., l. 1 C. d. comm. 4, 23), der Schiffbruch (l. 3 § 1 D. naut. caup. stab., l. 18 pr. D. comm., l. 1 § 4 D. d. O. e. A., § 2 I. quib. mod. re contr. obl. cit.), Ueberschwemmungen (l. 23 D. d. R. I., l. 30 D. d. pign. act. cit.), Tod von Sklaven und Vieh infolge von Alter oder Krankheit (l. 5 §§ 4—6, l. 18 pr. D. comm., l. 23 D. d. R. I. cit.) und sehr charakteristischer Weise auch die Flucht von Sklaven, „*qui custodiri non solent*“ (l. 5 §§ 4—6, l. 18 pr. D. comm., l. 23 d. R. I. cit.; vgl. auch Bruckner § 20). Ueberraschen muss, dass wiederholt auch das *incendium* und die *ruina* (Einsturz von Gebäuden) als *vis maior* bezeichnet werden (l. 5 §§ 4—6, l. 18 pr. D. comm., l. 52 § 3 D. pr. soc., l. 1 § 4 D. d. O. e. A., § 2 I. quib. mod. re contr. obl.

cit.). Denn hierunter sind anscheinend doch auch Unfälle begriffen, welche kraft der Custodiapflicht zu vertreten sind. Man denke an das *damnum iniuria datum* durch *urere* und an die l. 36 D. d. A. E. V. 19, 1 (Anm. 2). Indessen sind die allegirten Stellen mit Ausnahme der l. 52 § 3 D. pr. soc. durchweg solche, denen der Begriff der technischen custodia bereits fremd ist, und was die l. 52 § 3 betrifft, so ist bereits betont worden¹⁾, dass die Haftung für *damnum iniuria datum* wahrscheinlich schon vor Julian bestritten gewesen ist. Ausgeschlossen ist es auch nicht, dass *ruina* und *incendium* gerade solchen Einsturz und solche Feuersbrunst bedeuten, die von dem Custodienten nicht zu vertreten sind.

Mit der Garantiecustodia verschwand auch die *vis maior*. Dadurch, dass die Custodiahaftung aufging in der allgemeinen Haftung für Diligenz, ging die Haftung für *vis maior* auf in der allgemeinen Haftung für Zufall. Es ist deshalb erklärlich, dass Begebenheiten, welche an der einen Stelle des *corpus iuris civilis* als Beispiele der *vis maior* aufgeführt werden, an der anderen als Beispiele des blossen *casus* erscheinen (vgl. z. B. § 2 I. quib. mod. re contr. obl., l. 6 C. d. pign. act. cit.), und dass wir Stellen im *corpus iuris civilis* finden, welche die Haftung für *vis maior* als unmittelbar an die Haftung für culpa grenzend darstellen (l. 23 D. d. R. I., l. 30 D. d. pign. act. cit.). Wenn Gerth zu dem Resultate gelangt (S. 210): „*Vis maior* bei den römischen Juristen, soweit sie sich des Ausdruckes zur Bezeichnung eines Rechtsbegriffes bedienen, bedeutet Zufall“, so kann man ihm hiernach beitreten, nicht aber den Untersuchungen, welche ihn zu diesem Resultate geführt haben. Denn das hat Gerth jedenfalls nicht zu erklären vermocht, wie es kommt, dass die römischen Juristen zur Bezeichnung des Zufalls ausser *casus* noch den Ausdruck *vis maior* gebraucht haben. Das, was er über die custodia sagt (S. 40 f.), von deren Begriffsbestimmung alles abhängt, ist nicht zureichend. Die tiefgehenden und trotz ihrer Verfehltheit förderlichen Ausführungen Bruckners hat er zwar berücksichtigt, aber nicht widerlegt.

Da, wo sich im Justinianischen Recht der Custodiabegriff

¹⁾ Oben S. 52 Anm. 2.

erhalten hat, hat sich auch der der vis maior erhalten. Deshalb ist bei der locatio horreorum auch im Justinianischen Recht vis maior und casus nicht ganz identisch, und beim receptum zeigt sich der alte Begriff der vis maior auch im Justinianischen Recht rein und unverfälscht. Der Recipient ist danach frei von Haftung nur wegen solcher den Verlust oder die Beschädigung der Sache herbeiführenden zufälligen Ereignisse, die er kraft seiner Custodiaprästation nicht zu vertreten hat. Beizutreten ist also der sog. objectiven Theorie. Ist sie auch die unseres heutigen römischen Rechts? Mit Sicherheit lässt sich die Frage nicht beantworten. Hierzu bedürfte es einer umfassenden Benutzung der einschlägigen romanistischen Theorie und Praxis seit Justinian bis auf unsere Zeit. Soviel steht aber fest: die gemeinrechtliche Praxis des laufenden Jahrhunderts hat an der unbedingten Haftung der ex recepto Verpflichteten festgehalten. Nirgendwo wird in den zahlreichen Entscheidungen, die über die Haftung ex recepto ergangen sind, zur Verurtheilung der Recipienten gefordert, dass er schuldhaft gehandelt habe, oder dass der in der Klage geltend gemachte Verlust durch Angestellte des Recipienten oder durch Reisende und Passagiere verursacht worden sei. Ja auch der Recipient selber behauptet ausweislich der mitgetheilten Thatbestände niemals eine derartige Beschränkung seiner Haftung. Einige der in Betracht kommenden Urtheile seien angeführt. Es handelt sich vorzugsweise um die Haftung des Gastwirths.

Das Oberappellationsgericht zu Celle legte in einer Entscheidung vom Jahre 1804 ¹⁾ dem Gastwirth die Pflicht auf, einen dem Gaste „ohne seine Schuld betroffenen Diebstahl“ zu ersetzen. Derselbe Gerichtshof verurtheilte den Gastwirth in einem Falle, in welchem die Stube des Gastes und der darin befindliche Koffer gewaltsam erbrochen, geöffnet und eine bedeutende Geldsumme daraus entwendet worden war ²⁾. Das geht über das römische Recht noch hinaus. Ebenfalls ein gewaltsamer Diebstahl stand in Frage in einer Rechtssache, welche schliesslich vom sächsischen Oberappellationsgerichte

¹⁾ v. Rüling, Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Celle nr. 25. — ²⁾ Hagemann, Praktische Erörterungen Bd. 5 nr. 45 S. 214 f.

entschieden wurde¹⁾. Hier wurde der Kläger allerdings abgewiesen, aber nur deswegen, weil seine Aufnahme durch den beklagten Gastwirth „extra negotium“ erfolgt war. Eine gegen einen Landkutscher wegen eines „abhanden gekommenen“ Pakets erhobene Klage wies das Appellationsgericht Bautzen²⁾ zurück unter der Begründung: „Es würde sonach die erhobene Klage nur als actio de recepto einen ausreichenden Klagegrund enthalten, da nach dieser schon die blosse Uebernahme des Pakets den Beklagten zum Ersatz des durch dessen Verlorengehen entstandenen Schadens verpflichtet haben würde, selbst wenn eine Verschuldung von seiner Seite dabei nicht stattgefunden hätte.“ Das Appellationsgericht Leipzig³⁾ erforderte von dem Gaste, der angeblich bestohlen worden war, nur den Eid, „das ihm am 26. September 1849 aus dem Zimmer, welches ihm Beklagte eingeräumt gehabt, wirklich die fol. . . . verzeichneten Gelder und Werthpapiere entwendet worden“. In einer Entscheidung des Oberappellationsgerichts zu Dresden⁴⁾ heisst es: „Die Aufnahme des Fremden ist ein contractähnliches Verhältniss; der Wirth leistet durch dieselbe Garantie und macht sich verbindlich zur Rückgabe dessen, was der Fremde mit sich aufnehmen liess, und nur, wenn der Fremde durch eigene Verschuldung diese Garantie unmöglich macht, fällt sie weg.“ Derselbe Gerichtshof sprach sich dahin aus⁵⁾, dass ein Brand, welcher Sachen des Gastes vernichtet hat, nicht immer als *damnum fatale* anzusehen sei, und zwar je weniger, je näher „die Möglichkeit der Entstehung des Feuers durch eine Verwahrlosung von Seiten des Hausgesindes oder anderer Personen liege, für deren doloses oder culposes Gebahren, ebenso wie für Diebstähle und Beschädigungen anderer Art (l. 5 § 1 D. naut. caup.) der Gastwirth ohne Unterschied, auch bei dem Mangel jeder culpa seinerseits, haften muss“. In einer Darmstädter Sache⁶⁾ war

¹⁾ Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle . . . zunächst für das Königreich Sachsen 1841 St. 1 nr. 1 — ²⁾ Das. 1846 St. 12 nr. 33 S. 94 f. — ³⁾ Das. 1851 St. 42 nr. 78 S. 329 f. — ⁴⁾ Seufferts Archiv Bd. 8 nr. 48 S. 71. — ⁵⁾ Seufferts Archiv Bd. 18 nr. 43 S. 69. — ⁶⁾ Archiv für prakt. Rechtswissensch. N. F. Bd. 7 S. 81 f. Busch, Archiv für Theorie und Praxis des Handelsrechts Bd. 19 S. 242. Seufferts Archiv Bd. 22 nr. 145 S. 223 f.

der Dieb, welcher den Gast bestohlen hatte, muthmasslich ebenfalls ein Gast. Auf diesen Umstand wurde indessen kein Gewicht gelegt. Es wurde von dem Kläger vielmehr nur der Beweis erfordert, „dass er am 8. December 1865 oder doch um diese Zeit als Gast in dem Wirthshause des Beklagten logirt habe, dass er dabei die in der Anlage 1 der Klage ihren Nummern nach verzeichneten Uhren in sein ihm zum Bewohnen angewiesenes Zimmer eingebracht habe und dass diese Uhren dort gestohlen worden seien etc.“. Die zur Vorbereitung des oberstrichterlichen Erkenntnisses angefertigte Relation, welcher sich der Gerichtshof angeschlossen hat, besagt unter anderm: „Der Beklagte ist verpflichtet, den Schaden zu ersetzen, wenn er die von ihm wirklich recipirten Sachen des Klägers, weil solche abhanden gekommen (gestohlen worden sind), nicht zurückgiebt“; und an einer anderen Stelle: „Nach diesem ist es unbestritten, dass der Wirth für die recipirten Sachen des Reisenden haftet, auch wenn den Wirth keinerlei Schuld trifft. Der Wirth wird aber von dieser Haftpflicht befreit, wenn er die Einrede begründen und beweisen kann, dass der Reisende den Schaden, der ihn betraf, selbst verschuldet habe“.

Auch die gemeinrechtliche Judicatur der Reichsgerichte lässt die ex recepto Verpflichteten unbedingt haften. Die Sachdarstellung einer Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts vom 19. März 1875¹⁾ ergiebt, dass einem Reisenden während seiner Abwesenheit vom Gasthofs die Reisetasche aus der verschlossenen Kommode, in welcher sie die Wirthin verwahrt hatte, entwendet worden war. Auf Grund dieses Sachverhältnisses erfolgte die Verurtheilung des Gastwirths. Gestritten wurde, wenigstens in letzter Instanz, unter den Parteien nur darüber, ob eine Aufnahme des Reisenden stattgefunden habe. In einer Entscheidung desselben Gerichts vom 13. September 1879²⁾ heisst es, der Kläger habe die Vermuthung ausgesprochen, „dass er von einem Unbekannten bestohlen worden sei, der am Morgen des 31. August früh 5 Uhr bei dem Oeffnen der Hofthür des Gasthauses von dem Hausknecht im Hofe angetroffen und unbeanstandet hinaus-

¹⁾ Entscheidungen Bd. 17 S. 40 f. — ²⁾ Entscheidungen Bd. 25 S. 334 f.

gelassen worden sei“. Beklagter erwidert hierauf nun nicht etwa, dass dieser Unbekannte weder Angestellter noch Reisender gewesen sei, sondern nur: die Entwendung könne, wenn sie stattgefunden habe, auch noch auf andere Weise, als Kläger vermuthe, begangen worden sein. Das Reichsoberhandelsgericht legt in seinem Urtheile dem Gaste zwar den Beweis auf, dass ihn der von ihm behauptete Verlust während seines Aufenthaltes im Gasthose betroffen habe, bemerkt aber zu gleicher Zeit: „Dagegen hat der Gast die Art des Abhandenkommens des Illatums, insbesondere einen Diebstahl, zur Begründung der Schadensersatzklage weder zu behaupten noch zu beweisen“. Auch das Reichsgericht¹⁾ hat eine unbedingte Haftung des Wirthes für Diebstahl anerkannt, in dem von ihm entschiedenen Falle aber die Klage, wenigstens insoweit Ersatz von entwendetem Gelde und geldeswerthen Papieren verlangt wurde, abgewiesen, weil der Kläger seinen Verlust durch unvorsichtiges Benehmen mit verschuldet hatte.

Man sieht, die gemeinrechtliche Praxis unserer Zeit steht durchaus auf dem Standpunkte, dass der ex recepto Verpflichtete auch abgesehen von der Vertretung der facta der Gehülfen und Reisenden unbedingt hafte. Und die gemeinrechtliche Praxis ist eben das heutige römische Recht. Beides ist mit einander identisch. Der Satz Gerths (S. 104): „Jeder weder vom Recipienten noch von seinen Leuten oder Reisenden verschuldete Unfall ist vis maior“ ist daher nicht nur für das Justinianische, sondern auch für das heutige römische Recht unhaltbar.

¹⁾ Entscheidungen Bd. 1 S. 83.

IV.

Das receptum nautarum, ein pactum praetorium.

Von

Herrn Gerichtsassessor Dr. **E. Ude**

in Braunschweig.

Bezüglich des Wesens der Verpflichtung aus dem receptum nautarum etc. geht die jetzt herrschende ¹⁾, namentlich von Goldschmidt ²⁾ vertretene Ansicht dahin, dass das 'salvum fore recipere' des prätorischen Edicts eine „unter bestimmten Voraussetzungen zu gewissen civilen Vertragsverhältnissen von Rechtswegen hinzutretende, umfassendere Garantieverpflichtung sei“ (Goldschmidt l. c. S. 97). Und zwar soll hierin, wenn auch nicht ursprünglich, so doch bereits zur Zeit der classischen Juristen das Wesen des receptum zu finden sein.

Dass dies nicht der Fall ist, dass vielmehr in dem receptum von Anfang an ein eigenes pactum praetorium zu sehen ist, welches als solches auch noch von den classischen Juristen und von den Compilatoren Justinians angesehen wurde, werden vielleicht die folgenden Betrachtungen ergeben.

Das edictum 'nautae, caupones stabularii, quod cuiusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos iudicium dabo' ist supplendi iuris civilis gratia vom Prätor erlassen ³⁾. Worin der Mangel des alten ius civile bestand, ob in der schlechten Stellung des Passagiers etc. als Beweispflichtigen, oder in der

¹⁾ Cf. Dernburg, Pand. II § 29. Windscheid, Pand. II § 384. Brinz, Pand. II § 268. Sintenis, II § 120. Pernice, Labeo II S. 374 ff. Exner, Der Begriff der höheren Gewalt, in Grünhuts Zeitschrift Bd. X S. 497 ff. Bruckner, Die Custodia S. 168, der übrigens schon von einer salvum fore promissio spricht und für das ältere Recht einen Garantievertrag annimmt. — ²⁾ In seiner Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. III S. 58 ff., S. 331 ff. — ³⁾ l. 1 § 1, l. 3 § 1 D. nautae, caupones, stabularii ut recepta restituant 4, 9.

Mangelhaftigkeit der alten Culpahaftung ¹⁾, mag dahingestellt bleiben. Thatsache ist, dass der Prätor etwas Neues schuf, wodurch diesen Mängeln abgeholfen wurde. Soweit konnte aber kein Prätor in Rom trotz seiner ausgedehnten Machtfülle gehen, als etwas ganz Neues, ohne Anlehnung an Vorhandenes festzusetzen, dass der nauta etc. lediglich durch die Thatsache, dass Sachen mit seinem Wissen in sein Schiff gebracht waren, zu irgend welcher strengeren Haftpflicht gehalten wurde. Dies ist nicht nur eine krasse Ausnahme von bestehenden Rechtsprincipien, sondern steht insbesondere auch im Widerspruch mit den im römischen Volksbewusstsein sonst lebenden Rechtsgedanken ²⁾, gegen welche der Prätor sich nicht auflehnen durfte. Das, was der Prätor aber schaffen konnte, war ein für das römische zwar neues, aber doch von dem Willen der Parteien abhängiges Vertragsverhältniss, aus dem er iudicium versprach für den Fall, dass die Leistung aus demselben, das restituere, von Seiten des nauta nicht erfolgte.

Das Wesen dieses neuen prätorischen Rechts besteht nun in folgenden einzelnen Sätzen:

1. Das receptum nautarum etc. ist eine besondere, selbstständige Vertragsform, durch welche der nauta sich zum saluum restituere verpflichtet. Dieser Satz folgt aus l. 1 § 2 h. t. (obligari), l. 1 § 3 (de recepto tenebitur), l. 3 § 1 (hoc edicto omnimodo, qui recepit, tenetur), l. 3 § 3 (ob receptum convenitur), l. 3 § 5 (actio de recepto), l. 5 pr. (custodiae nomine tenentur). Dieser Satz ergibt sich auch aus der in l. 1 § 2 getroffenen Entscheidung: der nauta kann nicht durch einen remex oder mesonauta zu der Haftung aus dem receptum verpflichtet werden; diese Bediensteten können das saluum fore recipere in seinem Namen nicht vornehmen. Wohl aber ist dies möglich, wenn entweder der nauta vorher seine Genehmigung ausdrücklich oder stillschweigend ertheilt hat, l. 1 § 2 (si ipse alicui e nautis committi iussit), l. 1 § 3 (ναυφύλακες, diaetarii, qui custodiae gratia navibus praeponun-

¹⁾ Wofür l. 3 § 1 D. h. t. zu sprechen scheint. — ²⁾ Nicht einmal beim damnum infectum tritt nudo facto eine Haftpflicht ein, sondern erst durch stipulatio. Ebenso wird bei der Verpflichtung des Vormundes zum restituere stipulatio, rem salvam fore verlangt.

tur), oder nachträglich den von Unbefugten abgeschlossenen Receptsvertrag rathabirt, l. 3 § 3 (et voluntas patris, domini intervenit). Ebenso kann der caupo oder stabularius ohne seinen Willen nicht durch den Receptsvertrag des mediastinus verpflichtet werden, l. 1 § 5. Ein Beweis für die Richtigkeit des obigen Satzes liegt auch in dem Umstande, dass die Voraussetzungen für die actio de recepto verschieden sind von denen der actiones in factum poenales¹⁾. Bei letzteren genügt das blosse Inferiren der Sachen auf Grund eines sonstigen Vertrages zur Begründung der strengeren Haftpflicht für furta und damna seitens der Bediensteten etc., die einfache Restitutionspflicht des nauta etc. ist aber an das salvum fore recipere geknüpft.

Die Selbständigkeit des Vertrages geht auch ferner daraus hervor, dass nach l. 1 § 7 Inferent der Sachen und Gläubiger aus dem Receptsvertrage verschiedene Personen sein können.

Für unsere Annahme spricht auch das im Edict und nicht minder in der Klageformel²⁾ der actio de recepto sich findende salvum fore recipere. Hierin kann unmöglich³⁾ eine einfache Thatsache, die Thatsache, dass die Sachen in Folge eines anderen Vertrages, z. B. des Miethvertrages, an Bord des Schiffes geschafft sind, zu finden sein. Julian noch muss bei Abfassung des edictum perpetuum in dem salvum fore recipere einen besonderen Vertrag gesehen haben; es ist sonst nicht einzusehen, weshalb er nicht viel kürzer 'quod cuiusque receperint' schrieb. Es wäre indessen möglich, dass die späteren Juristen — schon die Nachfolger Julians, denn Ulpian lebt kaum 100 Jahre später als dieser — das durch salvum fore recipere eingegangene Rechtsverhältniss durch das mittelst thatsächlichem recipere begründete ersetzt haben, und diese Möglichkeit wird von der communis opinio⁴⁾ als zur Thatsache geworden aufgefasst. Mit Unrecht. Aus dem Sprachgebrauche der Quellen, in l. 1 § 3 vergl. mit § 6 und 8, l. 3 pr. §§ 2. 3. 5, l. 1 § 1 h. t. ist nichts für diese Auffassung zu entnehmen. Es hindert nichts, das in diesen

¹⁾ Vgl. darüber Goldschmidt l. c. S. 67. — ²⁾ Lenel, edict. perpet. S. 104. — ³⁾ So auch Brinz l. c. § 269 Anm. 42. — ⁴⁾ Nach Goldschmidt l. c. S. 101 ff.

Stellen gebrauchte *recipere* als compendiös für *salvum fore recipere* gebraucht zu erklären. Ja, man wird zu dieser Erklärung durch den Inhalt dieser Stellen genöthigt.

Ein Beweis gegen die Annahme der *communis opinio* liegt aber in l. 3 pr.: 'Etiam si nondum sint res in navem receptae, sed in litore perierint, quas semel recepit, periculum ad eum pertinere'. Hier haben wir allerdings *recipere* in zweifacher Bedeutung, *recipere* entsprechend dem *inferre* und *recipere* = *salvum fore recipere*. Von juristischer Bedeutung ist aber nur das 'quas semel recepit'. Hat der *nauta* einmal den Receptsvertrag abgeschlossen — anders lässt sich diese Stelle nicht erklären —, so steht die Sache auf seine Gefahr, wenn sie nur in seine Machtsphäre gekommen ist. Ein *salvum fore recipere* muss hier vorausgesetzt werden, oder man müsste behaupten wollen, dass auch in dem blossen in die Nähe des Schiffes Bringen „ein formloser Act der Annahme mit stillschweigendem Garantieverprechen“ enthalten sei.

Ein fernerer Beweis gegen die von der *communis opinio* gemachte Annahme liegt sodann in l. un. §§ 3. 4 D. *furti* adv. 47, 5: 'Cum enim in caupona vel in navi res perit, ex edicto praetoris obligatur exercitor navis vel caupo ita, ut in potestate sit eius, cui res subrepta sit, utrum mallet cum exercitore honorario iure an cum fure iure civili agere. Quod si receperit *salvum fore caupo vel nauta*, *furti* actionem non dominus rei subreptae, sed ipse habet, quia recipiendo (d. i. also *salvum fore recipiendo*) periculum custodiae subiit'. Cf. l. 14 § 17 D. *furti* 47, 2.

Auch die besondere Klage, die *actio de recepto*, mit ihrer ganz auf das Edict gebauten Formel¹⁾: 'S. p. N^m N^m, cum navem exerceret, Aⁱ Aⁱ res, q. d. a., *salvas fore recepisse neque restituisset*, q. e. r. e., t. p., iudex N^m N^m A^o A^o c., s. n. p. a.' spricht für einen besonderen Vertrag, liegend in dem *salvum fore recipere*.

Zur Erklärung des ganzen Digestentitels, soweit er für unsere Zwecke in Betracht kommt, kann man überhaupt nur von zwei Voraussetzungen ausgehen:

¹⁾ Lenel, ed. perp. S. 104. Rudorff. E. P. § 47.

Entweder das *salvum fore recipere*, welches sich hier und da findet, ist eine geschichtliche Ueberflüssigkeit, es bedeutet für Ulpian und die Compileren weiter nichts als das thatsächliche *recipere*,

oder das Wesentliche ist *salvum fore recipere*, und das sich hier und da findende *recipere* ist nur compendiös von Ulpian = *salvum fore recipere* gebraucht.

An die Möglichkeit, dass *salvum fore recipere* die ihm zukommende juristische Bedeutung für sich habe, nicht minder auch das einfache *recipere*, ist nicht zu denken. Denn hätte Ulpian auf diesem Standpunkte gestanden, so hätte er unmöglich die Erklärung des *salvum fore recipere* so geben können, wie er sie thatsächlich in l. 1 und l. 3 gegeben hat. Er hätte insbesondere bei der Mehrdeutigkeit des Wortes *recipere* unbedingt darauf hinweisen müssen. Hätten die Compileren aber diese Ansicht gehabt, so wäre es unverzeihlich, dass sie durch ihre unpräcise Compilation solchen bedenklichen Wirrwarr mit den paar Fragmenten schufen, indem sie historische Reminiscenzen und thatsächliches Recht ununterscheidbar vermengten, wo sie durch wenige Correcturen und Fortlassungen das für sie geltende Recht normiren konnten.

2. Es hängt von dem freien Willen des *nauta etc.* ab, ob derselbe *salvum fore recipere* will oder nicht¹⁾. Eine unmittelbare gesetzliche Verpflichtung zur Haftung bis zur höheren Gewalt, eine von Rechtswegen im Anschluss an sonstige Vertragsverhältnisse eintretende Garantieverpflichtung ist aus den Quellen nicht zu entnehmen, l. 1 § 1, §§ 3. 4 l. un. D. furti adv. 47, 5, l. 7 pr. D. h. t. (Möglichkeit der *praedictio*). L. 1 § 1 cit. steht nur dem Wortlaut nach im Widerspruch mit § 6 l. un. D. furti adv. 47, 5. Der § 1 cit. besagt mit den Worten: '*nam est in ipsorum arbitrio sqq.*' nichts weiter als: Es ist in das *arbitrium* des *nauta etc.* gestellt, ob er *salvum fore recipere* — *recipere* also compendiös — will oder nicht. Thut er es, so tritt die strenge

¹⁾ Zum jedesmaligen Abschluss des Vertrages auf Verlangen des Passagiers wird der *nauta etc.* schon durch die Concurrenz seiner Gewerbegenossen genöthigt sein. Die Folge war natürlich die, dass er eine höhere *merces*, ein höheres *navium* forderte, wenn er weitergehende Pflichten übernehmen sollte.

Haftpflicht ein. Diese Erklärung ergibt sich aus dem Zusammenhang, in welchem die Worte stehen¹⁾.

Durch Annahme dieses Satzes erklärt sich der sonst auffällige Umstand, dass die Verpflichtung des nauta aus dem receptum in keiner Weise in den Titeln locati 19, 2 und de lege Rhodia de iactu 14, 2 erwähnt wird, wo doch den römischen Juristen, wenn sie eine ipso iure eintretende aussergewöhnliche Garantieverpflichtung in dem receptum gesehen hätten, gewiss die Frage nahe gelegt war, wie es sich mit der Verpflichtung aus dem receptum im Falle eines iactus oder sonstiger Havarie verhalte²⁾.

3. Der Vertrag an und für sich ist ein formloser, rein mündlicher, vielleicht geschlossen durch ein bindendes Wort des nauta wie recipio, salvum erit, salvum exhibebo³⁾ oder dergl. Er setzt aber zu seiner vollen Wirksamkeit eine von Seiten des Passagiers zu beschaffende Thatsache, nämlich das

¹⁾ Die übrigen Vereinigungsversuche bezüglich dieser beiden scheinbar unvereinbarlichen Stellen stehen unter dem Banne der Annahme, dass die Haftpflicht des nauta von Rechtswegen eintrete. Vgl. Weis, Archiv für praktische Rechtsw., N. F., V S. 280 ff. v. Madai, Giessener Zeitschrift XVIII S. 376 ff. Guyet, Archiv für die civ. Praxis XVII S. 41 ff. Emmerich, Giessener Zeitschr. N. F. XVIII S. 120. v. Vangerow, Pand. § 648 Anm. 1. — ²⁾ In Folge dieses Schweigens der römischen Juristen bezüglich der actio de recepto, z. B. l. 11 § 3, l. 13 §§ 1. 2, l. 31 D. locati 19, 2, l. 2 pr., l. 10 § 1 D. de lege Rhodia 14, 2 — Fälle, in denen die Voraussetzungen einer actio de recepto im übrigen vorliegen würden —, muss sich der Gedanke aufdrängen, dass das receptum immer nur auf kurze, ganz bestimmte Zeit, und vor allem nicht gegen die Gefahren auf hoher See geschlossen sein kann, vielleicht nur dann, wenn das Schiff im Hafen lag, der vector dasselbe auf ein paar Stunden verliess und deshalb seine merx in der Obhut des nauta zurückliess, oder wenn die merx zwar an Bord oder zum Einladen vor das Schiff gebracht war, der vector selbst aber noch nicht im Schiff oder bei der Einladung zugegen war. Nur für solche Fälle passt der Satz: quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere, l. 1 § 1 h. t. Auf hoher See giebt es keine materia cum furibus coeundi. Hier kann und soll der vector selbst auf seine Sachen passen. Gestohlene Sachen werden sich überdies auf hoher See in den kleinen Schiffen der Alten leicht wieder haben herbeischaffen lassen. Naufragium und vis piratarum ist aber ebenso gut im Hafen möglich, wie die vis praedonum und incendium bei einer caupona auf dem Lande. — ³⁾ Vgl. Plaut. Asin. 457 ff.

Ueberweisen der Sache zu custodia — Besitzescustodia — voraus, custodiae committere l. 1 §§ 1. 2. 3, inferre l. 1 §§ 7. 8 h. t. Der Vertrag selbst kann vor oder nach der thatsächlichen Illation, dem thatsächlichen recipere, abgeschlossen werden, l. 3 pr.

4. Das *salvum fore recipere* ist allgemein, d. h. es bezieht sich auf alle Sachen, die von einem Passagier inferirt werden oder committirt sind, einerlei, ob sie dem *nauta* besonders überwiesen werden oder nicht, l. 1 § 8, ob für den Transport gerade der inferirten Sache *merces* bezahlt wird oder nicht, l. 1 § 6, l. 4 § 2 h. t. Denn der *nauta* kann seine Massregeln dafür, dass sie *salvae erunt*, doch treffen, durch Anweisung der *ναυφύλακες*, *diaetarii*, ja er muss sie in Folge des Vertrages treffen.

5. Berechtigt ist aus dem *salvum fore recipere* lediglich derjenige, dem gegenüber der *nauta* etc. es vorgenommen hat. Ein anderer, z. B. der Eigenthümer der recipirten Sache, kann selbständige Ansprüche aus dem *salvum fore recipere* nicht geltend machen, l. 1 § 7¹⁾.

6. Der Receiptsvertrag verpflichtet den Schiffer zum *salvum restituere*, d. h. die Sachen so zurückzugeben, wie sie committirt sind. Der *nauta* nimmt die Sachen durch den Vertrag in seinen besonderen Schutz, *custodia*, und verspricht

¹⁾ Es finden sich an dieser Stelle die Lesarten 'si ante eas suscepit' und 'si a me eas suscepit'. Erstere ist noch von Mommsen und Lenel (*Palingenesia* II S. 490) festgehalten. Bereits Haloander las 'a me', dies scheint das richtige zu sein. Die erstere Lesart giebt keinen Sinn. Man sucht vergebens nach einer Thatsache, auf welche das 'ante' Bezug haben könnte. Es mag hier übrigens auf den wichtigen Unterschied zwischen *suscipere* und *recipere* hingewiesen werden, ein Unterschied, der im Falle der Beachtung zu mancher Stelle ein anderes Resultat liefert, z. B. l. 13 § 2 D. de receptis 4, 8 und auch in dem „berücktigten“ § 3 I. de emtione et venditione 3, 24, der in der Lehre von der *custodia* eine grosse Rolle spielt (vgl. Goldschmidt l. c. S. 109): *animadvertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem venditor suscepit etc.*; vgl. Windscheid, *Pand.* II § 378 Anm. 7 und den Text dazu: 'Recipimus rogati, suscipimus ultro'. Treffend wird dieser Unterschied in folgenden beiden Stellen illustriert: *Ego in hoc iudicio mihi Siculorum causam receptam, populi Romani susceptam arbitror.* Cic. de div. c. 8 § 26. *In quo est illa magna offensio vel negligentiae susceptis rebus, vel perfidiae receptis.* Cic. de oratore II § 101.

für sie zu sorgen, *recipere custodiam* l. 1 § 8 h. t., *custodiae committere* l. 1 § 1, *salvas esse* l. 1 § 7, sie möglichst gegen *furtum* und *damnum iniuria datum* zu sichern, l. 5 § 1. Er haftet aus dem *salvum fore recipere* wegen jedes „Detentionsverlustes“, ursprünglich wohl unbedingt, im späteren Recht aber nur bis zur höheren Gewalt.

Die Richtigkeit unserer Annahme wird aber wahrscheinlich gemacht durch das Wesen der gleichfalls unter der Rubrik ‘*de receptis*’ im Edict sich findenden Rechtsinstitute des *receptum argentariorum* und *arbitri*. Bei beiden bedeutet das *recipere* die Uebernahme einer vertragsmässigen Verpflichtung, nämlich bei jenem zum *solvi*, bei diesem zum *sententiam dicere*. Ja, bei dem *receptum argentariorum* lässt sich noch der analoge Gebrauch von *recipere* wie bei dem *salvum fore recipere* nachweisen in l. 6 § 3 D. de edendo 2, 13 (*quod solvi constituit*) und l. 28 D. de pec. const. 13, 5 (*ubi quis pro alio constituit se soluturum*). In beiden Stellen ist bei der Umbildung des *receptum argent.* zum *constitutum* durch die Compiler ‘*constituit*’ an die Stelle des ursprünglichen ‘*recepit*’ gesetzt, wie Lenel nachgewiesen hat¹⁾. Wie es also hiess, *se soluturum recipere*, d. i. auf sich nehmen, versprechen, und zwar formlos, so hiess es auch *salvum fore recipere*.

Für die Richtigkeit unserer Annahme spricht endlich auch noch das bezüglich des *horrearius* geltende Recht²⁾. *Horrearius* ist a priori der Aufseher eines öffentlichen für Deposition von Geldern oder Kostbarkeiten bestimmten *horreum*. Es wird aber auch, wie Goldschmidt³⁾ nachweist, der *dominus horrei* und der *locator horrei* ‘*horrearius*’ genannt. Wie sich nun aus dem in Betracht kommenden, von Goldschmidt zusammengestellten Quellenmaterial ergibt, nämlich l. 55, l. 60 § 9, l. 60 § 6 D. locati 19, 2, l. 2 (= *Collatio X*, 9), l. 4 C. de locato 4, 65. L. 3 § 2 D. de off. praes. vig. 1, 15, denen noch l. 5 pr. D. ad exhib. 10, 4 hinzugefügt werden kann, ist die Haftung des *horrearius* im gewöhnlichen Falle die contractliche, nämlich Prästirung der *custodia* gemäss der *locatio conductio*, wie sie auch der *fullo*, *sarcinator*, wie sie

¹⁾ Edict. perp. S. 104. Zeitschr. der Savigny-Stiftung II S. 62 ff. —

²⁾ Cf. Bruckner S. 222 ff. l. c. — ³⁾ L. c. S. 109.

auch der nauta bez. der merces transportandae conductae aus dem Miethvertrage prästiren musste, l. 5 pr. h. t. Diese gewöhnliche Haftung des horrearius kann aber erweitert werden dadurch, dass er custodiam recipit, l. 55 cit., nominatim etiam custodiam repromittit, l. 4 C. cit. Bei der Aehnlichkeit des Institutes mit dem receptum nautarum — custodiae committere in beiden Fällen mit der Absicht, die übergebenen Sachen besonders sicher zu stellen — hätte es nun sehr nahe gelegen, auch, zumal die materia coeundi cum furibus sich dem horrearius ebenso bot wie den nautis und cauponibus, zumal ferner die horrea meistens publica waren und so der Deponent ohne weiteres Anspruch auf grösseren Schutz machen konnte, die Haftung der horrearii bis zur vis maior einfach an das thatsächliche recipere zu knüpfen, wenn die römischen Juristen dies bei dem receptum nautarum gethan hätten, wenn sie eben nicht in dem saluum fore recipere einen besonderen Vertrag gesehen hätten, wodurch eine weitergehende Haftung, eine Haftung bis zur vis maior übernommen wurde¹⁾).

¹⁾ Man kann ebenso gut von einem receptum horreariorum sprechen, auch in l. 55 cit. hat recipere dieselbe Bedeutung wie bei dem saluum fore recipere, auf sich nehmen, versprechen, wie denn in l. 4 C. cit. dafür repromittere gebraucht wird. Dass die römischen Juristen dies nicht thun, erklärt sich wohl historisch, indem das Recht bezüglich des horrearius bedeutend jünger ist als das receptum, auch ganz andere Ausgangspunkte hat.

V.

Aus und zu den Quellen des römischen Rechts¹⁾.

Von

Herrn Geheimrath Dr. **E. Zachariä von Lingenthal**
auf Grosskmehlen.

XXIX.

Der Antecessor Julianus.

Da in einer durch die Scholien der Basiliken (Basil. ed. Heimbach II p. 180) erhaltenen *ἐρωταπόκρισις* ein Julianus als Anfragender, der Antecessor Stephanus als Antwortender erscheint, so habe ich ersteren für einen Schüler des letzteren halten zu müssen und mit dem Julianus eloquentissimus antecessor Constantinopolitanae civitatis für identisch halten zu dürfen geglaubt, und zwar um so mehr, als auch der Stephanus als Antecessor an die Rechtsschule zu Constantinopel gesetzt werden zu müssen schien.

Dieses letztere Argument war nun wohl nicht richtig. Stephanus war vielmehr Antecessor in Beryt oder Antiochien, wie ich in dieser Zeitschrift X Rom. Abth. S. 270 ausgeführt habe. Daher erklärt sich auch, wie er wiederholt Justinian einfach als den *δεσπότης* bezeichnet, während er in der Constantinopler Atmosphäre gewiss nicht versäumt haben würde, ein *φειότατος* oder dergleichen davor zu setzen. (Das *καλλι-*

¹⁾ Wenn ich in nr. XIII dieser Bemerkungen bei Anführung einer Stelle aus Papinians responsa in Harmenop. II 4, 51 gesagt habe, dass dieselbe bisher gänzlich übersehen worden sei, so habe ich dabei an die Juristen der neueren historischen Schule gedacht, deren Uebersehen schon seitdem durch Krüger in der Collectio libror. iuris antejust. III p. 285 wieder gut gemacht worden ist. Von den älteren Juristen hat schon Cujacius Opp. IV p. 96 sq. die Stelle ausführlich behandelt: seine Auslegung verdient um so mehr nachgelesen zu werden, als er die Lesart der Handschriften, die ich und Krüger als verbesserungsbedürftig ansehen, vielmehr als richtig gelten lässt.

νικος ebenda S. 271 stammt, wie ich neuerdings erkannt habe, nicht aus Stephanus, sondern aus einem Index des Theodorus.)

Indessen wenn auch Stephanus Rechtslehrer an der phönicisch-syrischen Rechtsschule war, so könnte ihn doch Julianus dort wohl gehört und nachher sich nach Constantinopel begeben haben. Dafür könnte sogar das bekannte Epigramm seines Zeitgenossen Theaetetus angeführt werden, welches den Julianus, die Leuchte des Rechts — wenn anders unser Julianus damit gemeint ist — von Berytus und Rom gesehen sein lässt.

Allein trotzdem dürfte es gerathen sein, den Julianus, welchem Stephanus antwortet, von dem Antecessor Julianus zu unterscheiden oder denselben wenigstens nicht für einen Schüler des Stephanus zu halten. Denn der Antecessor Julianus ist, wie wir sehen werden, ein Altersgenosse des Stephanus, wenn nicht gar ein älterer Rechtslehrer.

Haenel sagt in der Vorrede zu seiner Ausgabe von des Julianus Epitome Novellarum p. XXXV: Nullum Iulianorum, quorum mentio saeculo sexto fit et aetate Iustiniani, pro Iuliano antecessore Constantinopolitano habendum esse recte censent Bach et Biener. Allein es sind zwei Stellen nicht hinreichend in Betracht gezogen, die gerade besondere Aufmerksamkeit verdienen.

Die erste Stelle ist Nov. CXXXVII (Edict. 7) vom Jahre 542. Sie ist adressirt (nach der von Scrimger nicht richtig wiedergegebenen Lesart der Venetianer Handschrift) an Julianus. Im Texte wird derselbe angeredet als ἡ σὴ λογίότης. Da dies die Titulatur der Advocaten ist, so werden wir uns unter dem Julianus einen solchen zu denken haben, und zwar einen hochgestellten, öffentlich angestellten, da er hier dem comes S. L. Petrus voran oder zur Seite gestellt wird. Ob nun dieser Julianus später als Antecessor erscheint? Dass dies unmöglich sei, will ich zwar nicht geradezu behaupten, für wahrscheinlich aber möchte ich es allerdings nicht halten.

Die zweite Stelle findet sich bei Malalas in Iustiniano ed. Ven. p. 83. Als Justinian im November 562 von einer Verschwörung gegen sein Leben Kenntniss erhielt, ernannte er zur Untersuchung der Sache einen Ausschuss unter dem Vorsitze des Stadtpräfecten Procopius (Theophanes ad h. a.).

Beisitzer desselben waren nun nach Malalas der Quästor Constantinus und der ἀντιγραφεὺς Julianus. Was diesen betrifft, so erinnere ich daran, dass die Byzantiner schon unter Justinian aus antecessor ἀντικλήνσωρ gemacht haben, wie denn Stephanus und Julianus (in der Anthologie) ἀντικλήνσωρ genannt werden. Census aber, censitores, wurde übersetzt mit ἀναγραφὴ, ἀναγραφεῖς, dem entsprechend übersetzte man ἀντικλήνσορες mit ἀντιγραφεῖς. So sagt Lydus III, 27: „τοὺς λεγομένους πάλαι μὲν ἀντεκλήνσωρας, καθ' ἡμᾶς δὲ ἀντιγραφεῖς“. Die Glossae nomicae erklären ἀντικλήνσορις durch ἀντιγραφεὺς, und in der Vorrede zur Ecloga (p. 11 not. 12 meiner Ausgabe), erscheinen die Antecessoren als ἀντιγραφεῖς. Der ἀντιγραφεὺς Julianus ist daher wohl identisch mit ἀντικλήνσωρ Julianus. Und dass dieser unser eloquentissimus antecessor Constantinopolitanae civitatis ist, von welchem die nach 555 verfasste Epitome Novellarum herrührt, erscheint mir nach der Zeit, in welcher er, wie Malalas erzählt, als Untersuchungsrichter auftritt (562), äusserst wahrscheinlich.

XXX.

Joannes, des Philadelphiers Laurentius Sohn, genannt Lydus.

Die drei Bücher περὶ τῶν ἀρχῶν τῆς ῥωμαίων πολιτείας sind uns nur in einer einzigen Handschrift erhalten.

Aus dieser nach Paris gelangten Handschrift wurde die Schrift mit einer gelehrten Einleitung von B. Hase und mit einer lateinischen Uebersetzung im Jahre 1812 herausgegeben von J. D. Fuss. Die vielfachen Mängel dieser Ausgabe — namentlich auch in der Accentuirung — hat Fuss in einer 1820 erschienenen Epistola ad B. Hasium theilweise zu verbessern gesucht.

Fuss hat in seiner Ausgabe den einzelnen Büchern der Schrift περὶ ἀρχῶν τῆς ῥωμαίων πολιτείας die Ueberschrift gegeben: *Λυδοῦ περὶ ἀρχῶν τῆς ῥωμ. πολ. λόγος α', β', γ'*, aber angemerkt, dass in der Handschrift die Ueberschrift einfach laute beim ersten Buche περὶ ἀρχῶν τῆς ῥωμ. πολ., bei Buch II und III einfach λόγος β' und γ'; beide Male thut dies Fuss ohne Namhaftmachung des Verfassers. Man müsste nun wohl eigentlich hieraus schliessen, dass der Name des

Verfassers überhaupt nicht aus der Handschrift erhellt. Allein es liegt hier vielleicht nur ein Mangel der Ausgabe vor. Ich habe in einer Handschrift des Prof. Rhallis zu Athen eine im Jahre 1765 gefertigte Abschrift der Originalhandschrift des Werkes *περὶ ἀρχῶν κτλ.* aufgefunden, worüber ich in den Monatsberichten der Königl. Akademie der Wissenschaften zu Berlin vom 19. Januar 1880 berichtet habe. Auf der ersten Seite des ersten Blattes dieser Abschrift steht als Haupttitel *Ἰωάννου λαυρεντίου φιλαδελφέως τοῦ λυδοῦ περὶ πολιτικῶν ἀρχῶν*. Ob der Abschreiber diesen Titel in der Originalhandschrift vorgefunden hat, steht freilich dahin. Denn derselbe hat auf dem zweiten Blatte seiner Abschrift die *μαρτυρίας τῶν παλαιῶν περὶ τοῦ συγγραφέως* zusammengestellt und könnte den Namen des Verfassers aus Photius entlehnt haben.

Hase hat nach dem Vorgang älterer Schriftsteller den Verfasser Joannes *Laurentius* genannt. Indem er aber den letzteren Namen im Drucke hat auszeichnen lassen, scheint er doch Bedenken gehabt zu haben. Hugo, der in den ersten Auflagen seiner Rechtsgeschichte den Namen Joh. Laurentius giebt, hat in späteren Auflagen mit immer grösserer Bestimmtheit Laurentii d. h. Sohn des Laurentius gesagt. Gewiss mit vollem Recht, wie schon daraus erhellt, dass nirgends von einem *λαυρέντιος ὁ λυδός* die Rede ist.

In Hases einleitendem Commentar wird gesagt: Joannes Laurentius, a patria Lydus dictus, quod cognomen apud scriptores fortuito magis quam ratione invaluit etc. Der Vorwurf unvernünftigen Verfahrens, der hiemit allen Schriftstellern gemacht wird, die den Joannes einfach Lydus nennen und ihn als solchen citiren, ist denn doch wohl nicht begründet. Schon Teophylactus Simocatta erwähnt ihn 60—70 Jahre nach dessen Tode einfach als *ὁ Λυδός*, und ebenso später Leo in den *Tactica*. Sodann mache ich besonders darauf aufmerksam, dass er stets mit dem bestimmten Artikel *ὁ Λυδός* genannt wird. (Nur bei Suidas und in der Ueberschrift von Auszügen aus der Schrift *περὶ διοσημειῶν* scheint der Artikel zu fehlen.) Noch bestimmter zeigt die Stelle in des Constantinus Porphyrogenitus Buch *de thematibus* I, 2 (*κεῖται ἐν τῇ βίβλῳ Ἰωάννου Φιλαδελφέως τοῦ καλουμένου Λυδοῦ*), dass es sich hier nicht einfach um eine Bezeichnung der origo

oder patria, sondern um einen (wenn auch daher abgeleiteten) Namen handelt. Ein Scholiast zur Synopsis (p. 207 meiner Ausgabe im Ius GR. Pars V) sagt: χρηματισμὸς τὸ κίριον ὄνομα, πατρωνυμία τὸ τοῦ προγόνου τοῦ ἰδίου, προσηγορία δὲ τὸ ἐπώνυμον. Dies passt vollständig auf Ἰωάννης Λαυρεντίου ὁ Λυδός. Λυδός ist also der Joannes zum Unterschied von Anderen dieses Namens angeredet worden (προσηγορεύθη).

Wenn übrigens Constantinus Porphyrogenitus in der angeführten Stelle den Beinamen Φιλαδελφεὺς mit ὁ Λυδός verbindet, so geht dies wenigstens aus dem Titel Ἰωάννου λαυρεντίου φιλαδελφέως τοῦ λυδοῦ nicht unmittelbar hervor. Die Byzantiner setzen wenigstens in anderen Fällen die generelle Bezeichnung der speciellen vor: sie sagen Ἀγαθίας Ἀσιανὸς Μυριναῖος, Θεόδωρος Θηβαῖος Ἑρμοπολίτης u. dgl. m. Analog müsste es Λυδός Φιλαδελφεὺς heissen, wenn die letztere Bezeichnung mit Λυδός zu verbinden wäre. Ich beziehe sie daher auf Λαυρεντίου, lese im Nominativ: Ἰωάννης Λαυρεντίου Φιλαδελφέως (nicht Φιλαδελφεὺς) ὁ Λυδός und übersetze: Joannes, des Philadelphiers Laurentius Sohn, genannt Lydus. Damit will ich nicht sagen, dass der Lydus nicht aus Philadelphia stamme. Vielmehr ist er selbst auch Φιλαδελφεὺς gewesen, da er wiederholt (III, 58) die „ἐμὴ Φιλαδέλφεια“ erwähnt.

Endlich sagt Hase von Lydus: Quae sub eius nomine servata sunt, ea certe omnia sub Iustiniano scripsit. Ich weiss jedoch nicht, ob nicht die Stelle II, 8 zu Beginn der Regierung des Nachfolgers Justinus II. geschrieben ist.

Hier wird des Consulats gedacht. Lydus bezeichnet es als ὑπατος τιμὴ τῇ μὲν δυνάμει τῆς ἐπαρχότητος μείων τῇ δὲ τιμῇ μείζων. Er sagt von ihm: πλοῦτον βαθὺν οἰκοθεν ἐξανλακίζει τοῖς ὑπηκόοις καὶ τῷ χρόνῳ τὴν προσηγορίαν χαρίζεται καὶ πλάνης ἀπαλλάττει τὰ συναλλάγματα, und erschöpft damit in der That die Bedeutung des kaiserlichen Consulats zu seiner Zeit. Zum Schlusse fügt er hinzu: ὁ δὲ ἡμέτερος πατήρ τε ἅμα καὶ βασιλεὺς ἡμερώτατος ταῖς μὲν ἐπανορθώσεσι τῶν πραγμάτων καὶ δωρεαῖς τῶν ὑπηκόων ὑπατός ἐστιν ἐφ' ὅσον ἐστὶ, τῇ δὲ στολῇ γίνεται, ὅταν κοσμεῖν τὴν τύχην ἐθέλῃσιν βαθυὸν ἀνώτερον βασιλείας τὴν ὑπατον τιμὴν ὀριζόμενος. Ich möchte bezweifeln, dass dies

von Justinian verstanden werden kann. Denn abgesehen davon, dass von Schenkungen Justinians an die Unterthanen sonst kein Rühmens gemacht wird, so wäre es kaum passend zu nennen, wenn Lydus das Futurum *ἐθελήσοι* von Justinian gebraucht hätte, der ja bereits im Jahre 534 — also zum wenigsten 18 Jahre, bevor Lydus geschrieben haben kann — zum vierten Male das Consulat übernommen hatte. Dagegen passt das Gesagte vortrefflich auf Justinus II. Dieser hatte sofort nach seinem Regierungsantritt einen Steuererlass verkündet (Nov. Iustini prima) und konnte mithin im ersten Jahre seiner Regierung (*ἐφ' ὅσον ἐστὶ*) wegen dieser und anderer Schenkungen als *ἡμερώτατος*¹⁾ und als thatsächlicher *ἱπάτος* oder Oberster seiner Unterthanen bezeichnet werden. Justinus hat, wie Corippus erzählt, gleich bei seinem Regierungsantritt die Uebernahme des Consulats verheissen: wahrscheinlich spielt das *ἐθελήσοι* darauf an. Lydus müsste hiernach im ersten Regierungsjahre des Justinus geschrieben haben.

XXXI.

Der partiarius colonus.

Die Theilpacht hat in Deutschland kaum irgendwo Anklang gefunden, sei es in Folge der eigenthümlichen Entwicklung der germanischen Landwirthschaft, sei es in bewusster Einsicht in das Bedenkliche einer solchen Art der Verpachtung.

Anscheinend bewirkt sie die gerechteste Vertheilung des Verlustes durch Fehlernten oder durch niedrige Getreidepreise oder umgekehrt des Gewinnes durch reiche Ernten oder durch hohe Preise. Allein nur anscheinend ist dies der Fall. Schlechte Ernten haben hohe Preise zur Folge: von diesen zieht der Verpachter jedenfalls Vortheil, der Pächter aber nicht immer, insofern ihm zuweilen nach Abzug der Aussaat und des Wirthschaftsbedarfs zum Verkaufe nichts übrig bleibt. Und weil

¹⁾ Theophanes erzählt freilich erst beim dritten Regierungsjahre des Kaisers, wie die Kaiserin alle Schulden der Bürger bezahlt habe. Indessen eine solche Liberalität war, wenn sie überhaupt stattgefunden hat, doch mehr unmittelbar nach dem Regierungsantritte des Gemahls am Platze.

der Bedarf an Aussaat und für die Wirthschaft stets gleich ist, so bleibt für den Pächter verhältnissmässig immer nur ein kleinerer Theil zur Verwerthung übrig, als dem Verpachter, welcher seinen ganzen Antheil auf den Markt bringen kann.

Besonders nachtheilig ist der Einfluss, den die Theilpacht auf die Bewirthschaftung des verpachteten Guts oder Grundstücks hat. Dem Pächter ist es nicht möglich, Geldmittel auf Culturverbesserungen zu verwenden, weil die erzielten höheren Erträge weniger ihm als dem Verpachter zu gute kommen würden. Auch auf den Vorthail eines stärkeren Futterbaues muss er verzichten, da der Verpachter, der nur an dem Getreideertrage Antheil hat, ein Abweichen von der bisherigen Wirthschaftsweise nicht würde gestatten wollen.

Wenn nun aus diesen Gründen die Theilpacht in Deutschland unbeliebt und ungebräuchlich geblieben ist, so begreift es sich, warum unsere Jurisprudenz sich nicht die Mühe gegeben hat, die rechtliche Natur der Theilpacht eingehend zu untersuchen, so dass es insbesondere für die Theorie dieses Instituts nach römischem Recht an einer umfassenden Litteratur durchaus gebricht.

Einen künftigen Bearbeiter dieser Theorie, welche ja wenigstens für die südlichen Gegenden, in welchen Theilpacht gebräuchlich ist, immerhin von Wichtigkeit bleibt, möchte ich hier auf die Bestimmungen aufmerksam machen, welche in dem Bauernrecht der Isaurischen Kaiser enthalten sind. Ich fühle mich hiezu um so mehr veranlasst, als meine Darstellung in der Geschichte des griechisch-römischen Rechts 2. Aufl. S. 234 der Berichtigung bedarf. Vielleicht ist man berechtigt, von diesen Bestimmungen, die nur theilweise neues Recht enthalten, auf das Bauernrecht wenigstens der Justinianischen Zeiten Rückschlüsse zu machen.

Die sogenannten *Leges rusticae* oder der *νόμος γεωργικὸς* der Isaurischen Kaiser können als eine Polizeiordnung für das platte Land bezeichnet werden. Aber es lassen sich in demselben die Spuren der Agrarpolitik und der Agrargesetzgebung jener von der späteren Orthodoxie so arg verleumdeten Kaiser verfolgen; Spuren, welche die gesunden Reformbestrebungen dieser Kaiser auch in Beziehung auf die Landes-

cultur vor Augen zu führen geeignet sind. Sie lassen uns darauf schliessen, dass die kaiserliche Gesetzgebung die Dienstpflicht aufgehoben und die Freizügigkeit gestattet hatte. Aber auch in den Bestimmungen über Theilpacht zeigt sich das einsichtige Streben nach Hebung der Landescultur, welche unter den räuberischen Einfällen slavischer Völker einerseits und mohamedanischer andererseits schwer gelitten hatte.

Der νόμος γεωργικὸς kennt die Theilpacht in doppelter Form: als μορτή und als Halbbau.

Μορτίτης heisst, wer fremdes Ackerland gegen Abgabe eines aliquoten Theiles der geernteten Früchte an den Eigenthümer bebaut. Er bedarf dazu der Einwilligung des letzteren: indessen genügt es, dass der Eigenthümer von dem thatsächlichen Anbau Kenntniss habe und nicht widerspreche. Wer ohne Wissen des Eigenthümers den Acker desselben bestellt und besäet, erhält für Arbeit (ἐργατίας, Arbeitslohn, so ist nach alten Handschriften zu lesen) und Aussat keine Entschädigung, die Früchte fallen vielmehr dem Grundeigenthümer zu. (Leg. rust. I, 2. 7. Tit. X § 2 der gedruckten Ausgaben fehlt in der ursprünglichen Recension der ältesten Handschriften.) Nur wer fremdes verwildertes Land wieder in Cultur bringt, darf dasselbe zum Lohne drei Jahre lang nutzen und muss es erst alsdann dem Eigenthümer wieder überlassen (Ibid. I, 12)¹⁾. Aus allen diesen Bestimmungen geht deutlich hervor, dass von dem Theilbauern angenommen wird, er liefere nicht bloss die Arbeit, sondern auch die für die Bestellung erforderliche Aussaat, Zugkraft u. s. w. aus eigenen Mitteln. Die Abgabe, welche der Theilbauer an den Grundeigenthümer zu leisten hat, besteht in der zehnten Garbe: μορτίτου μέρος δεμάτια θ' χωροδότου μέρος δεμάτιον ἐν, ὃ δὲ ἐκτὸς τούτων μεριζόμενος θεοκατάρατος (Leg. rust. I, 21). Und zwar hat der Grundeigenthümer das Recht, sich die zehnten Garben auszuwählen, bevor der Theilbauer die Ernte abzufahren befugt ist (Leg. rust. I, 20).

Die μορτή ist ein uraltes Institut. Der Zehnte, welcher den Leviten zu entrichten war (Levit. 27, 30, Numer. 18, 21 ff.), erscheint in der That als eine Art μορτή. Das Solonische

¹⁾ Eine andere Ausnahme im Culturinteresse findet sich ibid. X, 1.

Gesetz kannte sie und bestimmte die Abgabe des Theilbauern an den Grundeigenthümer auf den sechsten Theil der Früchte. Wo diese Abgabe des Sechstels herkömmlich war, gewährte die durch die Isaurischen Kaiser angeordnete Herabsetzung auf einen Zehnten dem Theilbauern grosse Erleichterung. Im XIV. Jahrhundert und der Folgezeit findet man die *μορτή* besonders bei Grundstücken der Kirchen und Klöster im Gebrauch, bald in Folge einer ausdrücklichen *ἐκδοσις*, bald als eine von dem Anbauer auf solchen Grundstücken auch ohne besondere Abmachung zu leistende Abgabe²⁾.

Von der *μορτή* unterscheidet sich die andere Art der Theilpacht — der Halbbau — theils dadurch, dass sie an Grundstücken stattfindet, welche einen Fruchtgenuss gewähren, ohne dass es weiterer Auslagen bedarf als nur gewisser Handarbeiten, z. B. an Weinbergen, an Oelpflanzungen, theils dadurch, dass, wo noch anderer Aufwand zur Erzielung von Ernten zu machen ist, dieser doch wenigstens durch den Eigenthümer beschafft wird, so dass der Halbbauer nur die vorkommenden Arbeiten zu leisten hat. In beiden Fällen erhält der *ἡμισειαστής* als Lohn für seine Arbeit die Hälfte des Ertrages. Er hat aber die Arbeit *κατὰ τὸ πρέπον* zu leisten, wie dies ein guter Wirth thun würde; er darf also die vom Eigenthümer erhaltene Saat nicht bloss obenauf streuen, darf nicht das Umgraben und Beschneiden der Weinstöcke vernachlässigen, widrigenfalls er seines Antheils an den Früchten verlustig geht (Leg. rust. I, 22. 23). Wer einen Halbbau übernommen hat, kann, so lange die Arbeiten noch nicht begonnen haben, von dem Uebereinkommen zurücktreten, nur muss er den Eigenthümer rechtzeitig benachrichtigen, damit es lediglich dessen Schuld ist, wenn eine Vornahme der nöthigen Arbeit

¹⁾ Vgl. überhaupt Stephan. thesaur. s. v. und die dort citirten Stellen. Leist, Altar. Ius gentium S. 449. — ²⁾ Vgl. die Acta et diplomata ed. Micklosich et Müller I p. 508, II p. 62. 201, IV p. 35. 39. 40. 145. 218. 220. 254. 293, VI p. 211 sqq. In letzterer Stelle findet sich folgende wichtige Bestimmung: wenn ein Bauer ein Grundstück von Alters her bewirthschaftet, davon aber Zehnten entrichtet, so ist zu vermuthen, nicht dass dem Bauer das Eigenthum wenngleich mit der Zehntpflicht belastet zustehe, sondern dass das Grundstück Eigenthum des Zehntherrn sei: *τὸ γὰρ ἐπιμόρτως ἔχειν αὐτὴν μᾶλλον ἄλλοτριαν ἐμφαίνει ταύτην καὶ οὐ γονικήν.*

unterbleibt (Leg. rust. I, 24). Ist aber der Eigenthümer abwesend, so dass er also nicht benachrichtigt werden und ihn jedenfalls keine Schuld treffen kann, wenn für die erforderliche Arbeit nicht gesorgt wird, so kann der Halbbauer die Arbeit nicht unterlassen, widrigenfalls er den doppelten Betrag des erwarteten Fruchtertrags zahlen muss (Leg. rust. I, 25).

Zum Schlusse sei darauf aufmerksam gemacht, dass die Bestimmungen über die *μορτὴ* und die *ἐκδοσίς ἐφ' ἡμισείας* auch noch nach einer anderen Richtung von Interesse sind. Denken wir uns den Ertrag des Bodens bedingt nicht allein durch die in demselben liegenden und wirkenden Naturkräfte, sondern auch durch den Aufwand an Arbeit und Capital, welcher auf denselben verwendet ist, dass also ein Theil des Ertrags als die naturgemässe Grundrente, ein anderer als Arbeitsverdienst, ein dritter als Zins des Betriebscapitales erscheint, so fragt es sich, in welchem Verhältniss diese drei Factoren an dem Ertrage betheiligt sind oder der wievielte Theil des Ertrages dem einen oder dem andern Factor anzurechnen ist. Wie man sich im Alterthume diese Frage beantwortet hat, das kann man nun wohl aus den angeführten Bestimmungen annähernd schliessen. Für die Arbeit erhält der *ἡμισειαστὴς* $\frac{5}{10}$, für den benutzten Boden der Eigenthümer die *μορτὴ* im Betrage von $\frac{1}{10}$, so bleiben also $\frac{4}{10}$ als Zins des Betriebscapitales. Ob auch in unseren Tagen ein ähnliches Verhältniss als annähernd richtig betrachtet werden kann, dies zu untersuchen ist nicht Sache der gegenwärtigen Bemerkungen.

XXXII.

Kritisches zu Nov. LXVI (47).

Justinian verordnet in Nov. LXVI (47) (für welche ich unter Verwerfung der Anmerkung auf p. 414 meiner Novellenausgabe als richtiges Datum jetzt mit Schöll pridie Kal. Sept. anerkenne), dass die Tabellionen und Schreiber bei Gerichts- oder Verwaltungsbehörden Urkunden beginnen sollen mit der Angabe des Herrschaftsjahres des Kaisers, alsdann erst sei zu setzen der Name des Jahresconsuls, und drittens die Indiction

(ἐπινέμησις), worauf Monat und Tag folgen möge. Es soll dies geschehen εὐθὺς ἀπὸ τῆς προιούσης πρώτης ἐπινεμήσεως. Das Authenticum übersetzt *mox a procedente prima indictione*, und Schöll: *statim a prima indictione quae . . . procedit*. In beiden Uebersetzungen kommt nicht hinreichend zum Ausdruck, dass εἶμι, πρόειμι die Bedeutung des Futurums hat, was auch ich in meiner Ausgabe p. 414 not. 6 übersehen hatte; die Hombergksche Uebersetzung (*indictione quae veniet*) trifft das Richtige. Auf deutsch etwa: „die Verordnung soll gelten sofort von der ersten Indiction an, deren Beginn bevorsteht“, weil nämlich die Verordnung am 31. August der XV. Indiction erlassen ist, und die I. Indiction anderen Tags, am 1. September, anhub.

Demnächst zeigt Justinian an einem Beispiele, wie der Kopf der Urkunden alsdann lauten müsse:

Βασιλείας Ἰουστινιανοῦ τοῦ θειοτάτου αὐγούστου καὶ αὐτοκράτορος ἔτους ἐνδεκάτου, μετὰ τὴν ὑπατείαν Φλαβίου Βελισαρίου τοῦ λαμπροτάτου ἔτους δευτέρου, τῇ πρὸ τόσων δέ.

Diese letzteren Worte, welche grade so in der Venetianer Handschrift stehen, haben in den Ausgaben wie in den Basiliken XXII, 2, 2 die Aenderung in *τῇ πρὸ τοσῶνδε* erhalten: aber verständlicher sind sie dadurch nicht geworden. Das Authenticum „*toto (oder nono) kalendas*“ trägt zum Verständniss und zur Verbesserung nichts bei. Und der Vorschlag, den ich in meiner Ausgabe auf p. 413 not. 5 gemacht habe (*τῇ πρὸ νόνων δ'*), reicht nicht aus, auch wenn man keinen Anstoss daran nehmen wollte, dass eine Beziehung auf Nonae ganz unerklärlich sein würde.

Wie ist nun wohl zu helfen?

Dem Kaiser kam es darauf an, in den Urkunden an die Spitze der Datirung das Kaiserjahr zu setzen: der Consul sollte an zweiter Stelle, die Indiction an dritter Stelle genannt werden: nur nebenbei wird bemerkt, dass Monat und Tag folgen möge (*παρεπομένον τοῦ μηνὸς καὶ τῆς ἡμέρας*). So wird man in dem Beispiele die Bezeichnung der Indiction, die sonst vermisst würde, in der verderbten Stelle zu suchen haben. Lediglich in Beziehung auf die Jahresbezeichnung hatte der Kaiser etwas Neues bestimmt, die Bezeichnung von

Monat und Tag war unverändert gelassen: daher wäre es überflüssig gewesen, in dem gegebenen Beispiele auch diese aufzuführen. Und nicht bloss überflüssig, sondern den Zusammenhang störend wäre eine solche Anführung gewesen. Denn überall ist hier nur von der Jahresbezeichnung die Rede, indem im unmittelbaren Anschluss an die betreffende Stelle bemerkt wird, dass offenbar die angegebene Zahl des Kaiserjahres im Laufe des nächsten Jahres mit dem 1. April als dem Tage, an welchem seiner Zeit der Regierungsantritt erfolgt sei, um eine Einheit erhöht werden müsse.

Aus allen diesen Gründen ist anzunehmen, dass in der verderbten Stelle ursprünglich die Bezeichnung der Indiction und nur diese Bezeichnung gestanden habe. Da liegt dann die Vermuthung nahe, dass gelesen werden müsse: *τῆς πρώτης ἰνδίκτιονος* (*THC* statt *THI*, *HPωTHC* statt *HPOTOC* *INAI* statt *ωNAE* sind leichte Emendationen). Der Uebersetzer des Authenticum, dem die Stelle nur in verderbter Gestalt vorgelegen hat, hat sich durch das *νδὲ* verleiten lassen, kalendas zu ergänzen, was aus den angeführten Gründen als verfehlt zu betrachten ist. Das lateinische Indictio statt des griechischen *ἐπινέμησις*, welches der Kaiser in der Novelle sonst überall braucht, darf nicht auffallen: denn gerade bei solennen Datirungen ist damals der lateinische Ausdruck vorgezogen worden. Das zeigt ganz besonders die der Zeit nach unmittelbar folgende Nov. LXVII (50), deren Subscription vielleicht gerade mit Rücksicht auf die vorgeschlagene Lesart mit ind. I schliesst.

XXXIII.

Nov. LXVI (47) als Grundlage der Chronologie von Justinian bis auf Leo den Weisen.

Nach Nov. LXVI (47) war das Jahr, in welches der Monatstag fällt, an welchem eine Urkunde aufgenommen wird, oder auch sonst *ἐν ᾧπασιν ἐν οἷς μνήμη τις γένηται χρόνου*, auf dreifache Weise zu bezeichnen:

1. durch Angabe der Dauer der Regierung des jeweiligen Kaisers (Kaiserjahr),

2. nach der althergebrachten Rechnung nach Consulaten und Postconsulaten (Consulatsjahr),
3. durch Angabe der Zahl, welchen die jeweilige Indiction im laufenden Cyklus hatte (Indictionsjahr).

I. Das Kaiserjahr (*annus imperii*, *ἔτος τῆς βασιλείας*) umfasst eine Zeit von zwölf Monaten oder 365 Tagen gleich dem Kalenderjahre, hat aber nicht wie dieses einen ein für allemal bestimmten Anfangstag, sondern beginnt mit dem Tage, an welchem die Ausrufung des jedesmaligen Kaisers stattgefunden hat. So rechnet Theophanes bei den Jahren 451. 453 ed. Paris. 89. 91 von der *ἀναγόρευσις* des Kaisers Marcianus an. In der Regel erfolgt die *ἀναγόρευσις* durch den Senat oder die berufene Versammlung der höchsten weltlichen und geistlichen Würdenträger, welche in späteren Zeiten die Stelle des Senats vertritt. Der Dichterling Corippus giebt in seinem Poem *de laudibus Iustini* eine anschauliche Schilderung des Hergangs. Der Liber *de caerimoniis* beschreibt I, 91 die *ἀναγόρευσις* des Kaisers Leo, I, 92 die des Kaisers Anastasius, I, 96 die des Nicephorus¹⁾. Allerdings gab es Ausnahmefälle, wie denn der Liber *de caerimoniis* I, 94 von einer solchen *ἀταξία* erzählt. Aber von einer festen Regel, was in solchen Ausnahmefällen als *ἀναγόρευσις* anzusehen sei, kann eben wegen der *ἀταξία* nicht die Rede sein: vielleicht trat eine Art Antrittspatent an die Stelle der Ausrufung. Nicht selten werden von dem regierenden Kaiser, der alsdann *μέγας βασιλεὺς* heisst, Andere als *μικροὶ βασιλεῖς* ernannt, wie der Liber *de caerimoniis* I, 95. 96 beschreibt. Dies hat an sich auf die Zeitrechnung ebensowenig Einfluss, als wenn Jemand zur Würde eines *Νοβιλίσσιμος* oder eines *Καῖσαρ* erhoben worden ist. Indessen wurde häufig zur mehreren Ehre des also Ausgezeichneten besonders angeordnet, dass die Jahre seiner Ernennung neben dem Kaiserjahre bei Datirungen anzugeben seien: in Fällen, wo dies nicht geschehen, wird dies

¹⁾ II, 17 war enthalten die verloren gegangene *Ἀναγόρευσις Ῥωμανοῦ τοῦ πορφυρογεννήτου υἱοῦ Κωνσταντίνου βασιλέως*. — Bemerkenswerth ist es, dass die Kaiser bei Gelegenheit der *ἀναγόρευσις* sehr oft einen Beinamen oder sogar einen ganz neuen Namen erhalten oder angenommen haben, wie es ähnlich bei der Wahl der Päpste der Fall war und ist.

dann wohl in den Quellen besonders hervorgehoben. (Die Belege findet man besonders im Chronicon Paschale.) Endlich findet die Ernennung zum Nebenkaiser zuweilen in der Weise statt, dass demselben zugleich die Regierung übertragen wird, wie dies z. B. bei Tiberius der Fall war. Es war wohl selbstverständlich, dass eine solche Herrschaft bei den Datirungen zum Ausdruck kam.

II. Das Consulatsjahr ist mit dem Julianischen Kalenderjahre identisch. Es beginnt mit dem 1. Januar, gleichviel ob der beim Antritt des Consulats herkömmliche Aufzug, verbunden mit dem Werfen von Missilien unter das Volk, wie die darauf folgenden öffentlichen Spiele einige Tage früher oder später stattfinden. Den processus consularis hielt aber nur der Consul, dessen Name zur Bezeichnung des Jahres zu dienen bestimmt war, nicht die *ὑπατοι*, denen diese Würde nur als ein mit bestimmtem Rang verbundener Titel verliehen war: von solchen *ὑπατοι* spricht z. B. der Liber de caerimonia I, 9. 38 und II, 33, und zuletzt erhält den Titel *ὑπατος* der Dekan der philosophischen Facultät an der im Jahre 1045 restaurirten Hochschule zu Constantinopel. — War ein *ἐπώνυμος* Consul nicht ernannt worden, so wurde das Jahr als post consulum (*μετὰ ὑπατείαν*) des vorhergegangenen Consuls bezeichnet: kam ein drittes *ἀνύπατον ἔτος* hinzu, so hiess es post consulum illius iterum oder anno II, und so fort, und wenn in diesen späteren consulloren Jahren eine Rückbeziehung auf jenes erste *ἀνύπατον ἔτος*, welches als post consulum bezeichnet worden war, stattfand, so wurde dem post consulum illius mitunter ein anno primo hinzugefügt. So die officiellen Datirungen. (de Rossi in den Inscript. christianae I p. XLVII vermuthet — ohne hinreichenden Grund —, dass Letzteres von Justinus II. angeordnet worden sei.) Im gemeinen Leben aber hat man, wie es scheint, verschieden gerechnet: entweder so, dass man z. B. das Jahr Belisario consule als *ὑπατεία Βελισαρίου μόνου α'*, das post cons. Belisarii als *ὑπατεία Βελισαρίου β'* bezeichnete, oder so, dass man unter *ὑπατεία* nur die Feier des Antritts des Consulats verstand, und gleich das erste Jahr, welches consule illo war, als *μετὰ ὑπατείαν* oder post consulum illius anno I datirte. Die officielle Datirung hat man unpassender

Weise die Marcellinische, die andere nach Victor Tunnunensis benannt. Das Chronicon Paschale rechnet nach allen drei Methoden, was wohl zu erklären ist als ein Zeichen der verschiedenen Fortsetzungen des herkömmlichen Werks.

Zum ἐπώνυμος Consul ernannt zu werden galt bis zu Anfang des VI. Jahrhunderts als hohe Auszeichnung: die Kostspieligkeit der Antrittsfeier war kein Hinderniss für die Annahme der Auszeichnung. Auch die Kaiser verschmähten nicht, zumal bei Antritt ihrer Regierung, das Consulat zu übernehmen: es scheint als eine Pflicht der kaiserlichen Würde angesehen worden zu sein, dass der Kaiser diese Gelegenheit wiederholt ergriff, um sich durch reiche Spenden und glänzende Spiele beim Volke beliebt zu machen. Noch Justinian ist viermal als Consul aufgetreten. Mit dem Jahre 537 ist aber durch Nov. LXVI (47) ein Umschwung herbeigeführt worden. Je mehr die Benennung des Consuls hinter der des Kaisers bei Datirungen zurücktrat, um so geringer musste die Ehrenauszeichnung des Consuls erscheinen und um so weniger begehrt werden. Zudem mochten die mit der Uebernahme des Consuls verbundenen Spenden und Spiele zu einem Verdachte grosser Reichthümer und des Haschens nach Volksgunst Veranlassung geben, was in damaliger Zeit gefährlich werden konnte. Mochte auch Justinian durch die ungeschickten Bestimmungen der Nov. LXXXI (105) noch einmal im Jahre 537 versuchen, Candidaten für das Consulat anzulocken, und mochte es auch dem Beispiel und den Bemühungen des Praefecten Joannes gelingen, noch weitere drei Male Consuln zu erhalten, so erscheint doch von 542 ab kein Privater mehr als Consul, sondern dieses und die folgenden Jahre sind ἀνίπατα ἔτη, Jahre post consulatum des letzten Consuls Basilius. Der Kaiser Justin aber übernimmt wieder nach altem Brauch sofort nach Antritt der Regierung in der hergebrachten feierlichen Weise das Consulat. Justin wiederholt dies noch einmal, wie dies auch frühere Kaiser sogar noch öfter gethan hatten. Seitdem ist es unabänderliche Regel geblieben, dass jede βασιλεία nach erfolgter ἀναγόρευσις durch eine ὑπατεία zu feiern sei.

Es mag hier besonders ein Irrthum berichtigt werden, welchem Pagi in seiner Dissertatio hypatica verfallen ist.

Er sagt p. 349 sq.: a Constantino Pogonato consulatus tribuniciae potestatis instar assumtus i. e. tot imperii anni quot consulatus contra decessorum morem ab imperatoribus numerati sunt. Das ist nun allerdings scheinbar richtig (wenn auch nicht vollständig) bei Constantinus Pogonatus und seinen Nachfolgern. Allein, ganz abgesehen von der hier gewiss nicht angezeigten Analogie der Rechnung nach Jahren der tribunicia potestas, so ist die behauptete Thatsache doch nur scheinbar Folge einer neuen Regelung der kaiserlichen Consulate. Die *ὑπατεία* wurde nämlich nicht bloss von den Herrschern beim Antritt ihrer Regierung ausgeführt, sondern auch von den von ihnen ernannten *μικροὶ βασιλεῖς*. Es war dies auf die Datirungen nicht von Einfluss, falls es nicht ein kaiserlicher Befehl ausdrücklich verordnete. Und es erfolgte diese *ὑπατεία* unmittelbar nach der Ernennung, gleichviel ob dieselbe mit dem Jahreswechsel zusammentraf oder nicht. Diejenigen Kaiser nun, welche schon vorher als *μικροὶ βασιλεῖς* den consularischen Aufzug abgehalten hatten, brauchten denselben nicht zu wiederholen, sondern konnten bei ihrem Regierungsantritt gleich post consulatum datiren. So, und nicht als Folge veränderter Grundsätze, ist es zu verstehen, wenn Constantinus Pogonatus, Justinianus Rhinotmetus und andere zu Anfang ihrer Regierung mit einem post consulatum I datiren. Pagi würde dies gewiss selbst erkannt haben, wenn er nicht übersehen hätte, dass dieses Postconsulatsjahr regelmässig mit dem Jahreswechsel beginnt und daher von dem Eintritt des Kaiserjahres unabhängig ist.

Von dem *ποιεῖν ὑπατείαν*, wie von der Zeitrechnung nach Herrscher- und Consulatsjahren führen Spuren bis auf den Macedonier Basilius. So heisst es beim 2. October 811: *ἐλθούσης πάσης τῆς συγκλήτου τοῦ ὁρθρου τοῦτον* (nämlich den Michael Rhangabes) *ἀνηγόρευσαν βασιλέα . . . ἐφ' ᾧ κοινῇ ἀγαλλίασις γέγονε* (Theophanes). Als Bardas zum Cäsar ernannt worden war (858): *τῇ δ' τῆς διακαινησίμου* (Woche nach Ostern) *ἐπὶ ἄρματος ἐποχηθεὶς ἔδωκεν ὑπατείαν τῇ Μέσῃ* (Leo Gramm. ed. Paris. p. 262). Derselbe Leo erzählt p. 470 von der *προέλευσις* des Kaisers Basilius *εἰς τὴν μεγάλην ἐκκλησίαν* am Weihnachtstage, *τοῦ βασιλέως ῥίπτοντος ὑπατείαν ἐν τῇ ὁδῷ*. Endlich in den Verhand-

lungen der Synode von 870 finden sich noch bei den einzelnen Actionen oder *πράξεις* Datirungen nach Consulats- und Kaiserjahren (Mansi XVI p. 310 sqq.). Marini Papir. p. 262 giebt ein Testament des Consuls von Gaeta, Namens Docibilis, welches er dem Jahre 906 zuschreibt. Es ist gemacht „Imp. domino nostro Leone et Alexandro Porfirogenē a deo coronati magni pacifici Imperatoribus anno vicesimo octavo mense Febr. indict. nona Kajeta“. Aber mag es auch echt und richtig gelesen sein, so ist doch wohl das 28. Regierungsjahr von Leo und Alexander ein Irrthum des Schreibers, der damals noch keine Kenntniss von dem Tode Leos gehabt haben mag. Wie dem auch sei, so ist jedenfalls nur nach dem Jahr der Herrschaft, nicht aber nach dem des Consulats datirt.

Man hat wohl eine Novelle Leos des Weisen (Coll. II Nov. 94) als eine Verordnung angeführt, durch welche das Consulat aufgehoben worden sei. Allein diese Novelle hebt nur Justinians Nov. LXXXI (105) auf, lässt aber im übrigen die Consulate, insbesondere das kaiserliche Consulat, bestehen. Und so ist denn auch Justinians Nov. LXVI (47), welche die Datirung nach Kaiserjahren neben den Consulatsjahren vorschreibt, in die Basiliken XXII, 2 aufgenommen. Indessen sagt ein Scholiast zu dieser Stelle: *τοῦτο νῦν κρατεῖ ἐπὶ τῶν ἐμφαντεύσεων καὶ τῶν ἄλλων ἐκδόσεων, ἐπὶ δὲ τῶν ἄλλων ὑποθέσεων οὐκ οἶδαμεν ταύτην πολιτευομένην τὴν νομοθεσίαν*. Und schon unter Romanus Lacapenus ist eine Datirung der Gesetze nach Indictionen und Jahren seit Erschaffung der Welt gebraucht worden (Coll. III Nov. 2. 5). Der Liber de caerimoniis weiss nichts mehr von einem processus consularis und hält sich ebenfalls an die Zeitrechnung nach Jahren seit Erschaffung der Welt.

III. Das Indictionsjahr beginnt mit dem 1. September und läuft bis Ende August des folgenden Kalenderjahres. Ursprünglich war das einzelne Indictionsjahr sowie der Cyklus von 15 Indictionsjahren von lediglich finanzieller Bedeutung. Allmählich aber ist das Indictionsjahr im gemeinen Verkehrs-

¹⁾ Ein Praeceptum Leonis imperatoris de omnibus rebus sancti Benedicti, datirt iud. IX in anno 6459, im Archiv von Monte Casino (Trinchera Syll. membran. p. 2) ist offenbar unecht.

leben zu Zeitbestimmungen überhaupt gebraucht worden. Dazu eignete es sich vorzüglich, wenn und wo die Jahresconsuln noch nicht bekannt geworden waren, besonders aber nachdem durch Hinzufügung des Kaiserjahres zum Consulatsjahre möglichen Irrthümern der Schreiber vermehrte Gelegenheit gegeben war. Wie beliebt die Zeitrechnung nach Indictionen geworden war, ersehen wir namentlich aus den byzantinischen Chronographen. Theophanes (im Texte, nicht in den synchronistischen Tabellen), der Patriarch Nicephorus, Leo Grammaticus rechnen vorzugsweise nach Indictionen. Und in späterer Zeit sind die kaiserlichen Schreiben und *προστάγματα* lediglich nach Monat und Indiction mit der Kaiserdinte datirt worden: nur die *χρυσόβουλλοι λόγοι* erhalten in der Unterschrift auch noch die Jahreszahl der Weltära.

Die Reihenfolge der Indictionen ist in den Quellen eine regelmässig fortschreitende: eine verschiedene Zählung derselben ist wenigstens für die in Betracht kommenden Zeiten nicht nachweisbar. Wenn die Paschalchronik und Victor Tunnunensis den Tod Justinians in die XV. statt in die XIV. Indiction setzen, so ist in jener das Irrthümliche auf die Verderbtheit der ganzen Stelle zurückzuführen, bei Victor aber ist die Zahl wohl ebenso der Verbesserung bedürftig, so dass eine abweichende Art der Indictionenzählung nicht angenommen werden darf. Zweifelhaft bleibt nur eine Zeitbestimmung in der Ueberschrift der Ecloga und bei Theophanes: dort heisst es, die Ecloga sei *ἐκτεθεῖσα ἐν μηνὶ μαρτίῳ ἰνδ. θ' ἔτους ἀπὸ κτίσεως κόσμου 557*, Theophanes sagt: *ἔτος ἦν ἀπὸ κτίσεως κόσμου κατὰ ῥωμαίους 557 ἀπὸ Ἀδάμ, κατὰ δὲ αἰγυπτίους ἤγουν ἀλεξανδρεῖς* (deren Rechnung er in den synchronistischen Tabellen folgt) *558 . . .*¹⁾ *τῷ αὐτῷ ἔτει τῆς θ' ἰνδ. μηνὶ ἰουνίῳ ἡ τέθνηκε Λέων κτλ.* Nun fällt aber auf das Jahr der Welt 6248 nach der gewöhnlichen Rechnungsweise nicht die IX., sondern die VIII. Indiction. (Heimbach *Ἀνέκδ.* I p. 270 ist unklar.) Entweder also sind zur angegebenen Zeit die Jahre der Welt *κατὰ ῥωμαίους* anders gerechnet worden, als man gewöhnlich annimmt, oder die In-

¹⁾ Ein offenbar später hier eingeschobener Zusatz besagt: *ἔβασί- γευσεν οὖν Λέων ἀπὸ κέ τοῦ μαρτίου μηνὸς τῆς ιε' ἰνδ. ἕως μηνὸς ἰουνίου ἡ' τῆς θ' ἰνδ. βασιλεύσας ἔτη κθ' μηνάς β' ἡμέρας κέ.*

dictionen sind anders gezählt. Das Letztere ist nicht gut möglich, da Leos Tod in der That in die IX. Indiction fällt, wenn man nach Theophanes seinen Regierungsantritt auf den 25. März 717 setzt und die Regierungsdauer zu 24 Jahren 2 Monaten und etlichen Tagen rechnet. Die Lösung der Schwierigkeit ist daher in den angegebenen Jahren der Welt *κατὰ ῥωμαίωνς* zu suchen. Und nichts hindert, anzunehmen, dass dieselben damals so gezählt worden sind, dass 6248 war, was die spätere byzantinische Weltära 6249 nennt. Denn wenn man zum Beweise, dass nach dieser letzteren Aera bereits früher als 740 gerechnet worden sei, sich auf c. 3 der synodus Trullana vom Jahre 692 berufen hat, so hat man übersehen, dass hier das angeführte Jahr der Weltära auf einer späteren Interpolation beruht. In c. 3 wird eine Frist auf den 15. *τοῦ διελθόντος ἰανουαρίου μηνός* gesetzt, und hinzugefügt *τῆς παρελθούσης δ' ἰνδ.*, um jedes Missverständniss auszuschliessen, falls die Publication der Beschlüsse erst nach dem darauf folgenden Januar erfolgen konnte. Aber damit war offenbar genug gethan, zumal die gesetzte Frist nur eine vorübergehende Bedeutung hatte. Wenn später das Jahr der Welt hinzu interpolirt worden ist, so hängt dies mit den chronologischen Streitigkeiten zusammen, von denen Theophanes ed. Paris. p. 301 berichtet: Streitigkeiten, die unmöglich hätten entstehen können, wenn in c. 3 das Jahr der Welt gleich ursprünglich genannt gewesen wäre. Die älteste mir bekannte officielle Datirung nach einer Weltära findet sich vielmehr in einer Inschrift vom Jahre 834, welche in Bandini Imp. Orient. I p. 183, II p. 87 mitgetheilt ist. Allein leider sind die Zahlen so unsicher überliefert, dass man zweifelhaft bleibt, ob hier nach der späteren byzantinischen Weltära gerechnet ist.

Die dreifache, mit einander nicht harmonirende Bezeichnung des Jahres hat den byzantinischen Chronographen begreiflicher Weise Verlegenheiten bereitet. Denn sie konnten die geschichtlichen Daten unmöglich in der für *συμβόλαια* vorgeschriebenen dreifachen Form wiedergeben, da dies den Lesern als abstossende Schwerfälligkeit hätte erscheinen müssen.

Sie haben daher versucht, die drei Arten der Jahresdatirung auf ein Einheitsjahr zurückzuführen. Die Paschalchronik giebt ein anschauliches Bild eines solchen Versuchs: ebenso Theophanes, der in seinen synchronistischen Tabellen das Jahr nach Erschaffung der Welt (*κατὰ τοὺς Ἀλεξανδρεῖς* — 16 Jahre niedriger als die Rechnung *κατὰ τοὺς Ῥωμαίους* —) und das Jahr seit der Menschwerdung Christi (— 8 Jahre niedriger als wir von der Geburt Christi rechnen —) zur Basis nimmt. Die natürliche Folge dieser Versuche ist, dass die Chronographen zuweilen verschiedene Zeitangaben zu machen scheinen, während die Verschiedenheit lediglich auf der verschiedenen Reduction der officiellen Datirung beruht. Uebrigens sind die Schriftsteller sich auch nicht immer consequent in ihren Reductionen geblieben, so dass diesen fictiven Datirungen gegenüber grosse Vorsicht geboten ist.

In den angegebenen Schwierigkeiten mag auch die Hauptveranlassung gelegen haben, dass mit dem X. Jahrhundert die neue officiële Datirung nach Jahren der Welt aufkommt, eine Datirung, die umsomehr eine Vereinfachung der Zeitrechnung herbeiführte, als das Jahr der byzantinischen Weltära ebenso wie das noch beibehaltene Indictionsjahr mit dem 1. September beginnt, eine jede Disharmonie in der Jahrezählung mithin aufhörte.

So hat zu Anfang des X. Jahrhunderts die dreifache Jahresbezeichnung der Nov. LXVI (47), welche zum Theil in der Eitelkeit Justinians ihren Grund hatte, einer einfacheren Datirung weichen müssen.

XXXIV.

Die Ueberlieferung der Novellen Justinians.

In den verschiedenen Sammlungen und Handschriften, in welchen uns Justinians Novellen überliefert sind, stammt eine Reihe von Novellen aus den Concepten, nach welchen die Ausfertigungen gemacht werden sollten. Ich meine diejenigen Novellen, in und bei welchen Bemerkungen vorkommen, welche bei den Ausfertigungen je nach den verschiedenen Adressaten zu beachten waren.

Vor allen gehört hieher Nov. XII (6), bei welcher nicht

bloss die verschiedenen Adressaten, für welche Ausfertigungen zu machen waren, sondern auch die adiectiones oder παραλλαγαι angegeben sind, mit welchen für den einen oder den anderen Adressaten der Text abzuschliessen war. (Und zwar finden sich solche Angaben nicht bloss im Authenticum, sondern auch der griechische Text des sog. Epilogs in der Sammlung von 168 Stücken wird nur dadurch von dem Vorwurf unerträglicher Tautologien befreit, wenn man ihn in der Voraussetzung, dass er die Schlussformeln für verschiedene Ausfertigungen enthalte, in Theile zerlegt.)

Ferner gehört hieher Nov. XVI (8), bei welcher uns nicht nur die für Bekanntmachung des Gesetzes an die Bischöfe und den Aushang des Edicts in Constantinopel erforderlichen Sätze, sondern auch die für die Ausfertigung an den Praefecten von Illyrien anzuwendende adiectio erhalten ist. Ebenso Nov. XXXIX (14), bei welcher die adiectio an den magister officiorum (Tribonianus) dem Schreiber die Vervollständigung aus dem Vorhergehenden überlässt. (Es muss nämlich hinter dem Ὅπως ἂν ἅπανσι ταῦτα γένοιτο φανερὰ τοῖς τὴν ἡμετέραν ἔχουσι πολιτείαν aus dem Vorhergehenden hinzugedacht werden διὰ τοῦτο τῷδε τῷ θείῳ κηρύγματι χρώμεθα ὅπως ἂν εἰδείησαν τὴν περὶ αὐτοὺς σπουδὴν καὶ — — ἐλπίζομεν, worauf dann fortzufahren ist: ἡ τοίνυν σὴ ὑπεροχὴ κτλ.)

Es folgt Nov. XLVIII (22) mit den Bemerkungen am Schlusse. Auch bei Nov. XC (70) ist der sogenannte Epilog wohl in zwei Theile für zweierlei Ausfertigungen zu zerlegen. Bei Nov. XCVIII (79) ist wenigstens bemerkt, an wen die Ausfertigung erfolgt sein musste.

Nov. C (133) hat sogar im Texte verschiedene Lesungen, wie sie nach Verschiedenheit der Adressaten zu befolgen waren.

Nov. CXVI (94) hat zweierlei sogenannte Epiloge, und ebenso wird wohl der Epilog in Nov. CLXVI (134) in zwei Theile zu zerlegen sein, je nachdem die Novelle an den Praefectus Praetorio oder an den Praefectus Urbi auszufertigen war.

Es ist einleuchtend, dass bei allen diesen Novellen die Ueberlieferung auf den Originalconcepten beruht, von welchen Abschriften an die Sammler mitgetheilt worden sein müssen.

Anders verhält es sich mit einer Reihe anderer Novellen, bei welchen die kaiserliche Subscription mit überliefert ist, welche daher nicht aus einem Concept, sondern jedenfalls nur aus einer Originalausfertigung abgeschrieben sein können. So hat Nov. XV (7) von kaiserlicher Hand im Original mit Purpurdinte geschrieben am Schlusse: *Divinitas te servet per multos annos sancte ac religiosissime pater*; Nov. XX (121) *Divinitas te servet per multos annos frater iucundissime*; Nov. LVI (42) in der lateinischen Fassung, welche eben deshalb Original ist, in den Acten der fünften Synode, *Divinitas te servet per multos annos sancte ac religiose pater*; Nov. CXXXI (Auth. 107) *Theodote parens carissime atque amantissime*; Nov. CXXXIII (Auth. 109) ebenso; Nov. CLXIX *Divinitas te servet per multos annos*; Nov. CLXXIII (143. 150, Auth. 132) *Areobinde oder Leo parens carissime atque amantissime*. Endlich Nov. XXXVIII (13) und Nov. CLXXI (141) *Proponatur Constantinopolitanis civibus nostris*, oder Nov. LXXXIX (69) *Proponatur Constantinopoli*.

Die blossen Angaben des Datums, welche sich meist am Schlusse der überlieferten Novellen finden, und welche wir Subscriptionen zu nennen pflegen, sind nicht erst von kaiserlicher Hand den Ausfertigungen beigelegt. Zwar könnte man dafür, dass auch das Datum durch Kaisers Hand den Ausfertigungen beigelegt worden sei, den Gebrauch der späteren byzantinischen Zeit anführen, wonach — wenigstens seit dem X. Jahrhundert ¹⁾ — die kaiserlichen Jussiones und Verordnungen sicherlich von dem Kaiser selbst mit der kaiserlichen Dinte (*διὰ κινναβάρεως*) datirt worden sind. Bei den *προστάγματα* und *λύσεις* geschah dies, indem Monat und Indiction *δι' ἐρυθρῶν γραμμάτων τοῦ βασιλέως* und die *διὰ κηροῦ συνήθης σφραγίδος* am Schlusse hinzugefügt wurden: einer weiteren Unterschrift bedurfte es nicht. Erlasse allgemeiner oder besonders feierlicher Art erhielten ausserdem noch am Schlusse die Bezeichnung des Jahres — und zwar schrieb der Kaiser nur die letzte Zahl des Jahres der Weltära mit der

¹⁾ Von Leo dem Weisen berichtet der Incert. continuator in der *Vita Leonis* c. 26 ed. Par. p. 229, dass er geschrieben haben *διὰ κινναβάρως καὶ βούλην σφραγίσας χρυσῇ*.

Zinnoberdinte — und die Namensunterschrift des Kaisers: mit Seidenfaden angehängt wurde eine Bulle, welche das Siegel des Kaisers in Gold (*χρυσόβουλλον*) enthielt. (Zum Beweise dienen die Anführungen in meinem *Ius Graeco-Rom.* III, besonders p. 304. 306. 325. 330. 338. 365 u. s. w.¹⁾ und die mehrfach publicirten Facsimiles von Chrysobullen²⁾. Noch vergleiche man Bruns, *Die Unterschriften in den römischen Rechtsurkunden* S. 78 ff.³⁾.) Man darf nun aber nicht von dieser späteren Sitte zurückschliessen wollen auf die subscriptiones der Justinianischen Zeit. Dazwischen liegen die Jahrhunderte, in welchen die letzten Reste römischer Formen durch eigenthümlich byzantinische ersetzt werden. Der Gebrauch der Purpurdinte hört auf, als die kaiserliche Purpurfabrik (*βαφεῖον*) in Tyrus in die Hände der Araber geräth: an ihre Stelle tritt der Gebrauch der *κιννάβαρις*. Die Adressirung der kaiserlichen Verordnungen an hohe Beamte, welche mit der weiteren Bekanntmachung beauftragt werden, hört auf, und damit fällt auch die Grussformel der kaiserlichen Subscription hinweg. An die Stelle der Datirung nach Kaiser- und Consulatsjahren tritt die Datirung nach Jahren seit Erschaffung der Welt. Nach allen diesen Veränderungen muss es als unzulässig erscheinen, die Subscriptionen der späteren byzantinischen Zeit als eine Fortentwicklung der zu Justinians Zeit gebräuchlichen zu betrachten. Und das Vorhandensein eines Datums am Schlusse einer uns überlieferten Novelle ist daher noch kein Beweis, dass dieselbe unbedingt Abschrift eines vom Kaiser vollzogenen Exemplars sein müsste.

Mit der Unterscheidung der beiden verschiedenen Arten der Ueberlieferung soll keineswegs behauptet werden, dass die Verfasser der uns bekannten Novellensammlungen aus verschiedenen Quellen geschöpft haben. Vielmehr ist es

¹⁾ Vgl. auch *Acta et diplomata ed. Miklosich et Müller* IV p. 376: τοῖς βασιλεῦσιν νόμος ἀνέκαθεν ἔχεινας τῶν ὑποθέσεων . . δια χρυσοβουλλίου λόγον ἐπιτελεῖν, ὅσαι θεσπισμάτων δύναμιν ἔχουσιν τὰς δ' ἄλλας ὡς ἐν ὀρισμοῦ τύπῳ καὶ προστάγματι ἐκπληροῦν σεσημασμένον δι' ἐρυθρῶν γραμμάτων τὸν μῆνα σαφῶς ὑποδηλούντων. —

²⁾ Besonders schön in *Illustrazione di tre diplomi Byzantini* per P. Placido Napoli 1862. — ³⁾ Das angebliche Chrysobull von Romanus, welches Bruns S. 86 anführt, ist unecht.

wahrscheinlich, dass sie wenigsten für die Novellen I—CXXV gleichmässig Mittheilungen aus dem kaiserlichen *scrinium memoriae* zur Grundlage ihrer Sammlungen genommen haben. Dafür spricht, dass Justinian dem Quästor Tribonian die Anlage und Fortführung einer Sammlung der erscheinenden neuen Verordnungen anbefohlen hatte — Nov. XXI (17) pr. — (was demnächst durch dessen *adiutores* aus den *scrinia* geschehen musste), und in Nov. XXIII (24) fin., XXIV (25) fin., XXV (26) fin. wiederholt den Präfecten Joannes darauf verweist. Wenn in Nov. CLXV (159) Beamte aus dem officium des Praefectus Praetorio, der princeps¹⁾ Flavius Johannes und der ab actis Curicus, indem sie die kaiserliche Verordnung publiciren, „optulimus“ sagen, so ist allerdings wenigstens diese Novelle nicht aus dem kaiserlichen *scrinium*, sondern aus dem Bureau des betreffenden Präfecten überliefert. Dasselbe lässt sich auch bei anderen Novellen wahrscheinlich machen (z. B. Nov. I (155), CXLIV (125)). Auch scheint die anbefohlene Fortführung einer Sammlung der Novellen im *scrinium memoriae* allmählich unterblieben zu sein. Nach 535 wird nirgends mehr direct darauf hingewiesen. Im Jahre 538 wird von einer Novelle gesagt: *ἡ τις ἐν ταῖς μετὰ τὸν κώδικα διατάξεσι κεῖται* — Nov. LXXXVI (66) und I p. 485 meiner Ausgabe — und im Jahre 540, dass die Novelle ein Theil *τῶν ἤδη τεθειμένων νόμων* werden solle — Nov. CXXIV (106) P. II p. 143 meiner Ausgabe —. Dies sind die letzten Spuren einer planmässigen officiellen Sammlung der Novellen. Man braucht bloss das chronologische Verzeichniss der Novellen in meiner Ausgabe P. II p. 428 sq. anzusehen, um zu erkennen, dass mit dem Aufhören der officiellen Sammlung, welches mit dem Sturz des Präfecten Joannes Cappadox und dem Rücktritt Tribonians von der Magistratur²⁾ zusammenhängen mag, die Anzahl der

¹⁾ Ich schlage vor, das PP der Subscription in PR zu ändern und dazu ineps zu ergänzen. Von dem officium des PP Orientis handelt die Notitia c. II § 2. — ²⁾ In der Appendix zu meiner Novellenausgabe (Lips. 1884) p. 6 habe ich behauptet, dass Ioanne pulso Tribonianus in gratiam rediit. Allein dies ist falsch: denn Nov. CXXXIII (114) vom Jahre 541, auf welche ich mich zum Beweise bezogen, ist nicht mit Rücksicht auf Tribonian erlassen, sondern hängt wahrscheinlich mit der Ernennung seines Nachfolgers Junilius zusammen.

uns überlieferten Novellen plötzlich überaus kärglich wird. Die Juristen, welche es sich angelegen sein liessen, die Novellen zu sammeln, konnten nun nicht mehr aus der reichen Quelle einer actenmässig officiellen Sammlung schöpfen, sondern hatten sich auf das zu beschränken, was ihnen von Novellen auf die eine oder die andere Art zu Gesicht kam.

Zum Schlusse noch Folgendes. Dass Justinian gerade dem Quästor Tribonian den Auftrag giebt, für die Anlegung einer Sammlung der Novellen Sorge zu tragen, weil ihm die quaestoria censura (über die scrinia) gebührt — Nov. XXI (17) prooem. —, dass *καταπέμπεσθαι* (soviel als *κάτω πέμπεσθαι*) gebraucht wird von Novellen, die aus den kaiserlichen Scrinien an Oberbehörden herabgelangen — Nov. CLV (123) in fine —, dass die Ausführung des Befehls Legatur durch ein Legi der betreffenden Behörden zu den Acten constatirt wird — Nov. LXXXI (105) und Nov. XLVIII (22) in fine —, ist sehr verständlich. Aber ich halte es für wahrscheinlich, dass auch Verschiedenheiten zwischen dem griechischen Text der griechischen Sammlungen und dem lateinischen Texte des Authenticum darauf zurückgeführt werden müssen, dass die betreffenden Novellen den Sammlern aus dem scrinium memoriae mitgetheilt sind. In den scrinia wurden auch griechische Texte zum Zwecke der Ausfertigung nach Provinzen der *ἰταλῆς φωνῇ* ins Lateinische, und umgekehrt lateinische ins Griechische für die griechischen Provinzen übersetzt, wobei Verschiedenheiten nicht ausbleiben konnten; sie waren unbedenklich, weil sie der quaestoria censura unterlagen. Ausserdem können Aenderungen bei der Mittheilung an Sammler beliebt worden sein; Kürzungen, wie bei Nov. VII (160) und CXXIII (P. II p. 139 not. 2 meiner Ausgabe), werden schwerlich von privaten Sammlern vorgenommen worden sein. Auch lassen sich Verschiedenheiten, wie die zwischen dem Texte des Authenticum und dem griechischen der Sammlung von 168 Stücken bei Nov. LXV (93) wohl nur auf diesem Wege erklären.

VI.

Zum Sprachgebrauche der römischen Juristen.

Von

Herrn Dr. **Ernst Th. Schulze**

in Berlin.

W. Kalb, Roms Juristen, nach ihrer Sprache dargestellt. Leipzig, B. G. Teubner 1890. 154 SS. 8°.

Der Verfasser, der bereits durch einen Aufsatz „Ueber die Latinität des Juristen Gaius“ (vgl. Wölfflins Archiv für lat. Lexicogr. u. Gramm. Bd. I S. 82 ff.), sowie durch die anregende Schrift „Das Juristenlatein“ (Nürnberg 1888, 2. Aufl.) sich verdient gemacht hat, unternimmt es in seinem neuen Buche, die Sprache aller römischen Juristen aus der classischen Zeit darzustellen.

Kalb beginnt die Einleitung mit der Bemerkung, dass „bis in die christliche Zeit hinein nahezu alle lateinischen Schriftsteller in ausführlicher Weise“ sprachlich untersucht seien. Welches Glück, wenn dem wirklich so wäre! Wer diesen Untersuchungen näher getreten ist, wird nur zu gut wissen, wie unendlich viel noch von der augusteischen Zeit an auf sprachlichem Gebiet zu thun ist. Die an Zahl ja nicht geringen Untersuchungen bewegen sich meist in den alten Geleisen und den namentlich von Wölfflin für die lateinische Sprachbeobachtung aufgestellten Forderungen werden nur recht wenige jener Untersuchungen in vollem Umfange gerecht. Ich unterlasse es, zum Beweise meiner Behauptungen Aeusserungen hervorragender Sprachforscher, wie von Wölfflin selbst, von Schmalz u. a., aus ziemlich neuer Zeit hier anzuführen. Um zu zeigen, wie viel für die lateinische Sprachforschung überall noch zu thun ist, sei nur auf einige Stellen des Kalbschen Buches hingewiesen. S. 7 unten erklärt der Verfasser: „Leider lässt sich aus den Wörterbüchern vom Sprachgebrauch der übrigen Prosaiker nichts erfahren.“ S. 13

unten: „Wie es in der übrigen Prosa stand, ist noch nicht untersucht.“ S. 26 Mitte: „Wie weit die nichtjuristischen Schriftsteller des ersten und zweiten Jahrhunderts ‘plecti’ kennen, wissen wir nicht.“ S. 28 oben: „Wann ‘penitus non’ in Uebung kam, ist noch nicht constatirt.“ (Vgl. noch S. 5 unten, S. 9 oben, S. 12 oben, S. 52 Mitte, S. 62 Mitte, S. 63 unten, S. 70 Mitte, S. 99 unten, S. 109 Mitte, S. 112 oben und unten.) Es kam mir darauf an, dies hier klarzustellen, damit nicht bei den juristischen Lesern des Buches unzutreffende Vorstellungen über den Abschluss eines grossen Gebietes der classischen Philologie hervorgerufen werden.

Zutreffend bleibt ja der Hinweis des Verfassers, dass „von den vielen Juristen noch nicht ein einziger eine Monographie hat“. Meines Erachtens hätte nun auch mit solchen Monographien der Anfang gemacht werden müssen. Dies wäre der regelrechte Weg. Erst später kann man zusammenfassen zu einem erschöpfenden Gesamtbilde. Aber ein solches will auch K. im Grunde jetzt noch gar nicht geben, so sehr der Titel des Buches diese Erwartung rege macht. Das, was der Verfasser vor der Vollendung des Wörterbuches der classischen Jurisprudenz kann und will, ist, „durch einzelne Spatenstiche zeigen, wie eine Forschung mit Aussicht auf Erfolg möglich ist“. Er wird „zufrieden sein, wenn er auch nur einzelne Körnchen als Proben aufzuweisen in der Lage ist“. Der Verfasser will also nur skizziren, das Interessanteste herausheben und die Aufmerksamkeit auf das bisher unbeachtete und doch so ergiebige Gebiet hinlenken. Innerhalb dieses Rahmens betrachtet ist das Buch als ein recht verdienstvolles zu bezeichnen. Es enthält eine Fülle von scharfsinnigen und feinen Einzelbeobachtungen über den Sprachgebrauch der römischen Juristen. Der Verfasser konnte eben aus dem Vollen schöpfen, und es ist ihm zu gute gekommen, dass die Juristen noch viel mehr als andere römische Schriftsteller bisher von den Sprachforschern vernachlässigt worden sind.

Auf Grund der schon von anderen Gelehrten gemachten Beobachtung, dass „einige Schriften sich deutlich als Umarbeitungen früherer Werke darstellen“, fügt K. dem Namen eines jeden Juristen auch das Werk bei, aus dem die be-

treffende Stelle genommen, und stellt dieselbe Forderung an das in Vorbereitung begriffene Wörterbuch, wenn anders es „allen Ansprüchen gerecht werden wolle“. Ich kann diese Forderung nicht als berechtigt anerkennen. K. selbst zieht in seinem Buche — das durch diese Hinzufügung wesentlich an Uebersichtlichkeit verliert, weil die Namen der Juristen sich nicht durch den Druck von den citirten Werken abheben — aus der Durchführung des aufgestellten Grundsatzes im ganzen nur spärlichen Gewinn. Nach meinem Dafürhalten wäre die von K. geforderte Hinzufügung der Schriften ausser und neben der natürlich beabsichtigten Anführung der Juristennamen ein überflüssiger Ballast für das Wörterbuch. Man wird alles thun müssen, um den Umfang des Werkes nicht masslos anschwellen zu lassen. Dass der Sprachdarsteller gelegentlich, wenn es von Nutzen ist, die Werke der Juristen ihrem Namen beifügen wird, ist selbstverständlich. Auch der Lexikograph wird es vielleicht in besonders geeigneten Fällen thun können. Doch erreicht er seinen Zweck event. auch durch ein dem Juristennamen beigefügtes Fragezeichen. Im allgemeinen aber darf der Lexikograph im Gegensatz zum Sprachdarsteller „Leser voraussetzen, die nicht nur auf, sondern auch zwischen den Zeilen zu lesen verstehen“, wie Heerdegen in Müllers Handbuch der Alterthumswissenschaft Bd. II S. 439 treffend bemerkt. Ich möchte einen lexikalischen Artikel, der allen Anforderungen entspricht, mit einem Bilde vergleichen, zu dem der Sprachdarsteller den nicht absolut nothwendigen erläuternden Text giebt. Jeder einigermaßen eingeweihte Leser, der an der Hand des Lexikons sieht, dass z. B. das von K. angeführte *‘utpote cum’* bei den älteren Juristen ein Dutzend mal sich findet, und dann erst wieder bei dem umfangreichen Ulpian dreimal, bei Paulus gar nur einmal, wird wissen, was das zu besagen hat.

In „allgemeinen Vorbemerkungen“ behandelt der Verfasser zunächst von S. 5—35 des Buches ohne eine feste Ordnung eine Reihe von Wörtern, besonders Partikeln, und verfolgt ihren Gebrauch bei den Juristen. Sehr richtig wird betont, dass wir für den Nachweis eines „allgemeinen Zeitunterschiedes“ besonders auf die Beobachtung der Partikeln angewiesen sind, die ich aber eben deshalb nicht mit dem Ver-

fasser als „untergeordnetere Wörter“ bezeichnen möchte, auch nicht den juristischen Kunstaussdrücken gegenüber. Dass sich gerade im Gebrauch der Partikeln die Individualität eines Schriftstellers oder einer ganzen Sprachperiode am schärfsten ausprägt, ist eine längst beobachtete Thatsache und mit Recht ist man daher bei der Untersuchung über die Echtheit gewisser Schriftwerke oder Theile derselben (beispielsweise bei den platonischen Dialogen) von dem Gebrauch der Partikeln ausgegangen. Ja die Indicationsfähigkeit der Partikeln geht so weit, dass man bei Cicero und andern Schriftstellern hat beobachten können, wie in gewissen Lebensabschnitten oder in gewissen Schriften bestimmte Partikeln bevorzugt worden, andere gemieden. Auch bei der Sprachbeobachtung der römischen Juristen wird man daher die Partikeln ganz besonders zu berücksichtigen haben. Freilich waltet hier gerade das grosse Bedenken ob, dass die Compileroren diese Wörter am leichtesten durch die ihnen oder ihrer Zeit geläufigen ersetzen konnten, und wenn der Verfasser auf S. 2 die Zuversicht ausspricht, dass „solche Aenderungen Tribonians und seiner Genossen gewiss nicht in so grosser Menge vorhanden sind, dass sie den Forscher wesentlich irre führen könnten“, so vermag ich mich dieser Zuversicht gerade hinsichtlich der Partikeln noch nicht recht anzuschliessen. Nimmt doch K. selbst gelegentlich Vertauschung gewisser Partikeln durch spätere Juristen in classischer Zeit als erwiesen an (vgl. S. 13 Mitte, S. 130 Mitte). Um wieviel eher werden sich die Compileroren derartige Abänderungen gestattet haben. Auf S. 131 oben drückt sich der Verfasser weniger zuversichtlich aus (. . . „die Compileroren waren doch vielleicht in manchen Kleinigkeiten auch genau“). In seinem Juristenlatein spricht er gar (vgl. S. 67) von „Hundertern von Stellen, die in einer neuen Palingenesia zu verbessern wären“.

Bei dem angedeuteten Charakter des Buches liegt mir, von Einzelheiten abgesehen, der Versuch, hier methodisch Zusätze und Nachträge anderer Wörter zu geben, völlig fern. Diese Zusätze könnten ja jetzt auch noch nicht erschöpfend ausfallen. Soweit ich bezüglich der von K. behandelten Wörter an der Hand des Digestenindex eine gelegentliche Nachprüfung der Stellen vornahm, konnte ich mich fast durchweg von der

Vollständigkeit und Zuverlässigkeit seiner Citate überzeugen. Um auf ganze Gebiete hinzuweisen, deren Untersuchung gerade auch für die Individualisirung einzelner Schriftsteller von Bedeutung ist, so wird die Syntax der Casus mit ihrem Appendix den Präpositionen, so wird ferner der Gebrauch der Tempora und Modi kaum gestreift. Es genügt beispielsweise bei den Concessivconjunctionen nicht, ihr Vorkommen und gegenseitiges Verhältniss anzugeben. Die Beobachtung muss sich auf den Modus- und Tempusgebrauch mit erstrecken. Auch müssen in einer künftigen Gesamtdarstellung der juristischen Sprache alle Synonyma neben einander und in ihrem Verhältniss zu einander behandelt werden. Ein bestimmtes Resultat muss jede sprachliche Untersuchung ergeben, und die Bemerkung auf S. 5 Anm. 2: „die Beobachtung von *etiamsi*, *etsi* und *quamquam* führte zu keinem Resultat“, ist mir daher ihrer Bedeutung nach nicht ganz klar geworden.

Jedoch auch bei den von K. behandelten Ausdrücken wird der Sprachforscher zuweilen eingehender zu scheiden haben. Wenn z. B. (vgl. S. 18) bei der Besprechung von '*non alias . . . quam (nisi) = non aliter quam*' („nur, wenn“) das Augenmerk im Grunde nur darauf gerichtet wird, ob das '*aliter*' durch '*alias*' ersetzt ist, so genügt dies meiner Meinung nach nicht. Die Beobachtung muss sich über den Gebrauch von '*aliter*' oder '*alias*' hinaus auf die zum Theil recht charakteristische Mannigfaltigkeit der Formen erstrecken. — Von den ca. 170 mal auftretenden Wendungen mit dem älteren '*non aliter*' ist die weitaus üblichste '*non aliter . . . quam si*' (110 mal). Dieses '*si*' beseitigt besonders Ulpian (7 mal), aber auch Gaius (3 mal) gelegentlich auf regelrechte Weise durch Participialconstruction, z. B. Gai. Inst. III, 43 *non aliter testamentum facere poterant quam patre auctore*. Im ganzen fällt das '*si*' in dieser Weise 13 mal fort. Eine geringe Abänderung ist es ferner, wenn Marcellus und Paulus je 1 mal für '*si*' ein '*cum*' einsetzen. — Weiter geht es schon, wenn für das '*si*' das einschränkende '*ut*' consec. gesetzt wird. Für '*non aliter . . . quam ut*' findet sich zwar schon eine Labeo-Stelle (bei Ulpian D. 39, 2, 9, 2), aber recht eigentlich gehört diese Wendung Julian an, der sie 5 mal hat. Pomponius mit 3, Ter. Clemens mit 1, ebenso Paulus mit 1 (wohl

entlehnten) Stelle treten zurück. Für Gaius bieten nur die Digesten zwei zusammenstehende Belege (D. 30, 70, 2). — Eine grössere Freiheit ist die Weglassung des 'si' oder 'ut' bei nachfolgendem verbum finitum (Conjunctiv). Denkbare wäre hier sowohl ein Wegfall von 'ut' wie von 'si', obwohl das letztere wahrscheinlicher ist. Auch hier geht Julian mit drei Stellen voran (D. 17, 1, 32; 38, 1, 25, 1; 41, 2, 38, 1). Gaius mit einer Digestenstelle (30, 67 pr.), ebenso Papinian (D. 41, 2, 44, 2), Ulpian (D. 36, 4, 5, 1) und Paulus (D. 20, 1, 29, 2; Mommsen 'quam ut') folgen mit je einer Stelle nach. (Diese und die weiter unten folgende Zusammenstellung bei 'non alias . . . quam' als Nachtrag zu den Bemerkungen von B. Kübler im XI. Bande dieser Zeitschrift Rom. Abth. S. 50.) Ich möchte in der Auslassung des 'si' oder 'ut' eine Anlehnung an 'non prius . . . quam' erblicken, das ja ähnlichen Sinn annehmen kann, wie 'non aliter . . . quam'. Der Fortfall von 'ut' nach 'quam' ist übrigens schon bei Sallust, Livius und Tacitus nicht selten (vgl. Dräger, Syntax und Stil des Tacitus² S. 69). — Während bei den Wendungen mit 'quam' das 'quam' auf das 'aliter' zurückweist, bezieht sich bei der zweiten Hauptvariation 'non aliter . . . nisi' das 'nisi' auf die vorangegangene Negation. Das 'aliter' tritt hier selbständig zur Verstärkung von 'non . . . nisi' hinzu. 'Non aliter . . . nisi' haben Javolen 1 mal, Julian 3 mal, Ter. Clemens 1 mal, Gaius 1 mal (Inst. II, 132), Tryphonin 1 mal, Callistratus 2 mal, Ulpian 6 mal, Paulus 5 mal. Tryphonin und Callistratus haben ('non alias' mit einbegriffen) nur die Wendung mit 'nisi'. — Bedenken erregt die Zusammenstellung 'non aliter . . . nisi si' bei Ulpian Reg. 24, 30 schon deshalb, weil sich die andere Stelle (D. 6, 1, 28, 29), die zur Hälfte dem Gaius, zur Hälfte dem Pomponius angehört, klar als redigirt ausweist. — Gegenüber den Wendungen mit 'non aliter' treten die mit 'non alias' wesentlich zurück. Hinsichtlich des sonstigen Vorkommens derselben äussert sich K. recht vorsichtig. Er sagt (S. 18): „non alias . . . quam etc. wird aus der ganzen übrigen Prosa nicht citirt“. Dies kann bedeuten: „es wird nicht citirt, weil es nicht vorkommt“, und so scheint es K. zu meinen, oder aber, „weil darüber keine Beobachtungen gemacht sind“. Ich möchte bestimmt annehmen, dass die Wortverbindung auch sonst

vorkommt, da sie keinen specifisch juristischen Charakter hat und 'alias' auch sonst für 'aliter' im Gebrauch ist. Die hierher gehörenden Formen mit 'non alias' finden sich bei den Juristen im ganzen über 80 mal, und zwar, wie schon K. richtig bemerkt, mit zwei Ausnahmen erst von Scävola ab. Nach meinen Zusammenstellungen, welche die des Verfassers zum Theil ergänzen, hat Scävola 6 alias-Wendungen gegen 3 aliter-Wendungen. Auch bei Ulpian überwiegen die alias-Formen (49 : 31), während sie bei Marcian (7), Modestin (1), Hermogenian (2) ausschliesslich zur Anwendung kommen. Bei Papinian stehen noch 11 aliter-Wendungen gegen 6 mit 'alias' und bei Paulus 20 aliter-Wendungen gegen 14 mit 'alias'. Die üblichste Zusammenstellung ist auch bei 'non alias' die mit 'quam si' (44 mal, darunter eine Javolenus-Stelle D. 45, 1, 107). Regelrecht beseitigt findet sich das 'si' in 3 Fällen. In ungewöhnlicher Weise fortgelassen ist es (wie bei 'non aliter . . . quam') 4 mal von Scävola: bei Paulus D. 7, 1, 50 (Mommsen 'quam ut'; K. theilt diese Stelle dem Paulus zu) fast = 33, 2, 32, 5. 35, 2, 94. 40, 7, 40, 7; 2 mal von Ulpian: D. 10, 2, 8 pr. (Pomponius?) 32, 11, 15 Maecian?); 2 mal von Paulus: D. 36, 1, 37 (diese Stelle ist der letzten Ulpian-Stelle auffallend ähnlich: beide enthalten bei 'non alias' das Passivum von 'cogere' und nach 'quam' die Worte 'ei caveatur'). Die zweite Paulus-Stelle ist D. 44, 4, 14. An diesen 8 Stellen ist wohl deshalb sicher an eine Ergänzung von 'si', nicht von 'ut' zu denken, weil den 44 'non alias . . . quam si' nur ein einziges 'non alias . . . quam ut' gegenüber steht, bei Ulpian D. 30, 41, 9. Hier ist das 'ut' vermuthlich zusammen mit den Worten 'aedibus detrahatur subducatur' einer alten Formel zu Liebe stehen geblieben. — 'Non alias . . . nisi' lesen wir 30 mal, während wir bei dem an sich noch einmal so häufigen 'non aliter' nur 20 mal das nachfolgende 'nisi' fanden. 'Non alias . . . nisi' hat zuerst Pomponius D. 28, 5, 69 pr. Es ist dies deshalb auffallend, weil dieser Jurist sonst nur 9 mal 'non aliter . . . quam si', 3 mal 'non aliter . . . quam ut' aufweist. Es folgen Scävola (1), Ulpian (19), Paulus (4). — Den Schluss der Erörterung mögen die Formen bilden, wo in einer recht überflüssigen Weise dem 'nisi' noch ein 'prius' hinzugefügt ist:

schon das vorangehende 'aliter' resp. 'alias' war ja im Grunde pleonastisch. Für 'non aliter . . . prius' finden sich drei Belege, denn zu den zwei schon von K. (S. 18 Anm.) angeführten Stellen Gaius D. 20, 6, 2 und Marcellus D. 33, 2, 15, 1 gesellt sich noch Ulpian D. 8, 4, 13, 1. Man wird wohl mit K. diese Wendung auf Justinian zurückführen dürfen, der sie nach K. auch sonst hat. Dasselbe wird dann auch von der nur 1 mal bei Ulpian D. 40, 12, 34 auftretenden Verbindung 'non alias . . . nisi prius' zu gelten haben. Heranzuziehen ist aber auch noch die gleichfalls nur 1 mal vertretene Form 'non aliter . . . quam prius' bei Africanus D. 44, 1, 16 (videlicet quod non aliter viam mihi deberi probaturus sim, quam prius probaverim etc.). Auch diese Form werden wir dem Africanus, der sonst stehend (8 mal) 'non aliter . . . quam si' schreibt, schwerlich zutrauen dürfen.

Auf den allgemeinen Vorbemerkungen, die, wenn sie eine sichere Basis gewähren sollten, anstatt 30 Seiten etwa den zehnfachen Raum einnehmen müssten, baut K. zum Theil seine sprachliche Charakteristik der einzelnen Juristen auf. Aber der Verfasser geht über „das abstract Sprachliche“ hinaus und nimmt „an der Hand der Sprache zu Controversen Stellung“, tritt sogar selbst mit einigen neuen Thesen auf. Welch' ein Gegensatz! Dirksen noch hielt es für zwecklos, den Lexikonstellen den Namen der Juristen beizufügen, und jetzt beansprucht die Sprachbeobachtung das Recht, in weiteren, sachlichen Streitfragen als Schiedsrichterin gehört zu werden. Dass ihr dies Recht, wenn sie besonnen davon Gebrauch macht, in der That zusteht, dürfte heut zu Tage nicht mehr bestritten werden. Aber sicher wird dies Recht anzuzweifeln sein, wenn die Schlüsse, wie es nach meinem Dafürhalten in dem Kalbschen Buche vielfach geschieht, aus einem Material gezogen werden, das bei allem Fleiss der Sammlungen als ein unzureichendes bezeichnet werden muss. Es sei gestattet, an der Hand des Buches, dem ein zusammenfassendes Schlusscapitel leider fehlt, die sprachlichen Charakterisirungen und die daran gefügten weiteren Folgerungen herauszuheben.

Von der Sprache des Alfenus sagt K. ganz richtig, „sie zeigt Spuren der Umgangssprache und ausserdem Merkmale einer archaischen Latinität“. Doch wird dies Urtheil mehr

oder weniger bei allen Juristen zutreffend sein und eine der-einstige umfassende Darstellung des Vulgärlateins oder, wie ich mit K. lieber sagen möchte, um alle Nüancen zu umfassen, der römischen Umgangssprache, wird die römischen Juristen vorzugsweise zu berücksichtigen haben. Es ist ja auch nur natürlich, dass jemand, der Rechtsfälle des alltäglichen Lebens behandelt, sich an die Sprache des täglichen Lebens anschliesst, schon um sich möglichst vielen verständlich zu machen (vgl. Rebling, Charakteristik der römischen Umgangssprache, 1883, S. 17). Dass sich bei den römischen Juristen ein Einfluss der Rhetoren nur in geringem Masse geltend macht, bemerkt K. mit Recht. Wenn man nun den Spuren der Umgangssprache nachgeht, wird es nur in ganz unzweifelhaften Fällen rathsam sein, die sogenannten Archaismen abzutrennen, weil die Möglichkeit vorhanden ist, dass das, was uns als Archaismus erscheint, fortdauernd der Umgangssprache angehörte, auch wenn wir es lange Zeit, selbst in der uns erhaltenen, vulgär gefärbten Litteratur nicht nachweisen können. Obwohl auch K. (S. 36) an diese Schwierigkeit erinnert, glaubt er doch bei Alfenus verschiedene unzweifelhafte Archaismen herausheben zu können. Ich vermag mich ihm hier nur theilweise anzuschliessen. Ein Wort, wie 'extrarius', dessen Vorkommen bis jetzt ausser in Ciceros Jugendschrift *de inventione*, bei Quintilian und bei Sueton nachgewiesen ist, kann mir nicht als Archaismus gelten. Eine Vorliebe für 'priusquam' und für 'neque' zu den Archaismen zu zählen, dürfte doch wohl gewagt sein. Es fehlt hier auch noch zu sehr an Beobachtungen bei den nachclassischen Autoren. Die natürliche und durchaus befriedigende Erklärung nun für die wenigen Archaismen des Alfenus, dass ein nur wenig jüngerer, aus niedrigem Stande hervorgegangener Zeitgenosse Ciceros, sehr wohl aus eigener Vorliebe noch archaische Vulgarismen zulässt, die vielleicht reine Vulgarismen sind, diese Erklärung weist der Verfasser von der Hand. Vielmehr führt er die betreffenden Ausdrücke auf des Alfenus Lehrer Sulpicius zurück und glaubt mit der zwar geistreichen aber wenig wahrscheinlichen Umdeutung des Horazischen Ausdrucks 'sutor erat': „Alfenus flickte Gutachten und Aufzeichnungen seines Lehrers Servius Sulpicius zusammen“ Anklang finden

zu können. Dass Alfenus sich inhaltlich an Sulpicius sehr anlehnte, darf als feststehend betrachtet werden. Wie weit aber die Benutzung ging und ob auch eine enge sprachliche Berührung zwischen beiden vorlag, das lässt sich doch nicht mehr ermitteln. Dass in den beiden Sulpicius-Briefen bei Cicero Fam. 4, 5 und 4, 12 das 'tametsi . . . tamen' des Alfenus gemieden wird, obwohl es geschrieben werden konnte, und andere Epistolographen bei Cicero es haben, ist immerhin beachtenswerth.

Wenn der Verfasser auf Labeo die Häufung von Präpositionen wie 'de in rem verso' zurückführen will, so scheint mir dies eine recht unsichere Vermuthung.

In der Sprache des Celsus erkennt K. das inurbane nur mit Einschränkung an, weil ihm die Thatsache, dass der „Vater ein berühmter Jurist war, für eine gute sprachliche Bildung (des Celsus) Gewähr zu bieten“ scheint. Nach meinem Dafürhalten ist dieser Grund wenig stichhaltig. Die neuen Analogiebildungen und -Constructions, die K. anführt und um deretwillen er den Celsus geradezu als Analogisten bezeichnet, sprechen doch auch gegen eine correcte und strenge Sprachschulung. Es werden sich bestimmt noch mehr Vulgarismen und Besonderheiten bei Celsus nachweisen lassen. So theilt er das vulgäre 'valide' = 'valde' D. 28, 1, 27 (vgl. K. S. 44) nur noch mit Pomponius bei Ulpian D. 21, 1, 4, 3 ('validius' schreibt allein Ulpian 1 mal D. 21, 1, 12, 3). 'Perraro' hat in den Digesten nur Celsus 1 mal (1, 3, 5) und nach ihm Ulpian 7 mal. 'Nempe' finden wir zuerst bei Celsus 4 mal: D. 36, 1, 2. 42, 1, 11. 50, 16, 158. ap. Ulp. 12, 6, 26, 11. Dann haben es je 1 mal Pomponius (D. 8, 2, 27 pr.), Julian (D. 30, 82 pr.), Tryphonin (D. 26, 3, 10), schliesslich Paulus (?) 2 mal (D. 36, 1, 37 und 46, 1, 55). — Wenn der Verfasser in der Vorliebe des Celsus für gewählte Ausdrücke wie 'quippe, arbitror = puto, refert für interest' eine rhetorische Färbung der Sprache sieht, so kann ich mich ihm trotz seines Hinweises auf den (doch späteren) Rhetor Fronto nicht anschliessen. Man wird hier ebenso wie in den meisten von K. angeführten Analogiebildungen nur eine grosse sprachliche Originalität des Celsus zu erblicken haben. Ueber das Verhältniss von 'refert zu interest' und von 'arbitror' zu sei-

nem Synonymen liegen übrigens viel zu wenig Beobachtungen vor.

Neratius wird vom Verfasser in sprachlicher Hinsicht als nicht so „eigenmächtig“ bezeichnet wie Celsus und diesem gegenübergestellt. Freilich wird die sprachliche Verschiedenheit beider nur durch die Abneigung des Neratius gegen 'refert' und gegen 'nec' erläutert. Bemerkenswerth erscheint es mir, dass Neratius als der erste und abgesehen von Gaius Inst. III, 184 als der einzige Jurist 'adhuc' mit dem Comparativ im steigernden Sinne für 'etiam' gebraucht (D. 2, 11, 14).

Wenig wahrscheinlich klingt die von K. bei Javolenus geäußerte Vermuthung: „Als Kommandeur einer in Afrika stehenden Legion und als Proconsul der Provinz Afrika mag er sich etwas von dem dortigen Dialect angeeignet haben.“ Warum auch der einzige Beleg für diese Annahme 'quamdiu' = unserm 'bis' „entschieden an Africitas erinnern“ soll, ist mir nicht verständlich. Selbst Sittl, der sich in seinem Buche über das afrikanische Latein nicht so leicht etwas entgehen lässt, das nur einigermaßen afrikanisch sein könnte, ignoriert diesen Gebrauch, der sich nach K. zunächst noch bei den Juristen Julian, Ulpian und Paulus, danach erst bei dem Afrikaner Cyprian „zu finden scheint“ (!). Ebenso wenig glaubhaft ist es, dass die Archaismen (?), die der Verfasser bei Javolen annimmt, 'extrarius' und 'demolio' und vollends die Bevorzugung von 'priusquam' gegen 'antequam' bei Javolen durch die Africitas hindurchgegangen sind, wie es K. ohne Frage meint. — Die Wendung 'sedecim annos habere' wagt der Verfasser — hier sehr vorsichtig — nicht als vulgär zu bezeichnen, weil sie auch Cicero schreibt“. Dass sie trotz Cicero vulgär, scheint mir nicht zweifelhaft. Nach Merguet findet sie sich nämlich in Ciceros Reden nur 1 mal, pro Caecina 54 und zwar bei Erörterung eines juristischen Falles. Es war also offenbar eine juristisch-vulgäre Wendung. — In dem von K. angeführten 'exigor aliquid' möchte ich in Anlehnung an Gellius einen vulgären Gracismus erblicken und an das häufigere Analogon 'poscor aliquid' erinnern. — Auf das nicht getrennte 'ne quidem', das wir nach K. zuerst bei Javolen finden und über das bei Gaius gehandelt ist, hätte schon bei Javolen hingewiesen werden können. — Dass wirk-

lich „vielfach noch“ von Javolen geglaubt wird, „dass er geistig nicht immer ganz normal gewesen sei“, darf man wohl bezweifeln. Die Annahme des Verfassers schliesslich, dass auf Javolen das zweigliedrige Namenasyndeton wie Labeo Trebatius bei den citirten Juristen zurückgeht, ist recht ansprechend und, soweit sich überhaupt etwas Sicheres hierüber ermitteln lassen wird, mit guten Gründen gestützt.

Nach dem nur etwas von der Africitas berührten Javolen soll nach K. der erste Afrikaner unter den Juristen — auch sprachlich — Julianus sein, der ja ziemlich sicher aus Afrika stammt. Aber muss er deshalb auch in Afrika herangewachsen sein? Kann er nicht schon jung nach Rom gekommen und dort unterrichtet und ausgebildet worden sein? Kein einsichtiger Sprachforscher wird ja das Bestehen einer afrikanischen Mundart und ihr Auftreten in der Litteratur von der Mitte des zweiten Jahrhunderts ab leugnen. Allein die Frage, wie weit die Grenzen zu ziehen sind und was unzweifelhaft als afrikanisch gelten darf, ist trotz des verdienstvollen Buches von Sittl „Ueber die localen Verschiedenheiten der lateinischen Sprache“ noch eine recht unentschiedene. Hoffentlich wird sie bald einmal gründlich untersucht. Sittl selbst bekennt, dass noch zu wenig Vorarbeiten vorhanden sind. Von dem, was Sittl speciell für den Wortschatz der Africitas in Anspruch nimmt, dürfte ein erheblicher Bruchtheil in Abzug zu bringen sein, wenn erst die Schriftsteller des silbernen Lateins, besonders der ältere Plinius, noch gründlicher und methodischer als bisher untersucht sein werden. Als specifisch afrikanisch wird man doch nur das bezeichnen können, was mehrere unzweifelhafte Afrikaner in die römische Litteratursprache eingeführt haben. Dass die Afrikaner Archaismen lieben, hat nichts mit der afrikanischen Mundart als solcher zu thun, denn Archaismen hat es auch in Rom früher und später gegeben. Wenn aber die Archaismen der Afrikaner nur scheinbare sein sollten, d. h. wenn sie sich theilweise in der afrikanischen Umgangssprache stets lebenskräftig erhielten, ohne in der römischen Litteratur in der Zwischenzeit aufzutauchen, so bleiben sie deshalb doch Gemeingut der römischen Vulgärsprache und können und werden ebenso in der Volkssprache Italiens fort-

bestanden haben. Nur wird natürlich ein geborener Afrikaner es eher wagen, diese vulgären Archaismen wieder in die Schriftsprache einzuführen, als ein eingeborener Römer. Aber das ändert nichts an dem allgemeinen Charakter solcher vulgären Archaismen. — Wenn nun der Verfasser als zwei „erweisbare Specialitäten Afrikas“ bei Julian ‘quamdiu’ = unserm ‘bis’ und ‘absque’ = sine’ anführt, so ist nach dem Gesagten für mich der Beweis erbracht, dass sich bei Julian keine ersichtlichen Afrikanismen finden. Ueber ‘quamdiu’ ist bereits gesprochen; ‘absque’, das sich ausser bei Plautus und Terenz einmal in Ciceros Briefen und bei Quintilian findet, gilt mir, wenn es auch die afrikanischen Schriftsteller später bevorzugen, keineswegs als Specialität der afrikanischen Mundart, sondern höchstens als Archaismus. Auch ‘absque’ vindicirt nicht einmal Sittl den Afrikanern, und was das ‘denique = nam’ betrifft, so fehlt es wahrscheinlich hierüber nur an Beobachtungen. Daher geht mein Urtheil über die Sprache Julians dahin, dass dasjenige, was er aus der Umgangssprache zulässt, zum Theil archaistische Färbung hat. Für diese Erscheinung giebt aber K. selbst, wenn auch mit einer leisen Einschränkung, eine sehr einleuchtende Erklärung, die durchaus beachtenswerth ist. Er schreibt (S. 59 oben): „Wir müssen hier (bei Julian und Pomponius) in der Feststellung von Africismen um so behutsamer auftreten, da Julianus und Pomponius solche leichtere Archaismen vielleicht ihrem Kaiser, dem Archaissten Hadrianus zu Liebe einstreuten, von welchem Spart. Hadr. 15 erzählt, dass er sogar Philologen sprachlich schulmeisterte.“ Eine solche Gunsthascherei in sprachlicher Beziehung hat für die servilen Römer der Kaiserzeit in der That nichts Unwahrscheinliches und wird besonders einem Ausländer wenig Skrupel bereitet haben. Ich komme bei Papinian auf diesen Punkt zurück. K. steht hier immerhin so weit unter der Einwirkung der angeführten Möglichkeit, dass er fortfährt: „Um also nicht auf Irrwege zu kommen, unterlassen wir es, weitere Spuren von Julians Heimath zu suchen.“ Speciell bei der Besprechung von ‘non secus ac si’ (S. 60) ist der Verfasser mit Recht zurückhaltend. Wenn K. aber zum Schluss eine Beeinflussung von Julians Stil durch den „seines juristischen Lehrers Javolenus“, in einer gewissen, strengeren

Scheidung von 'neque' und 'nec' vermuthet (S. 51), so scheint er mir mit der Anführung dieser einen geringfügigen Sache, die er noch dazu für Julian erweitert, ebenso bewiesen zu haben, dass der Stil Julians mit dem Javolens nichts Gemeinsames hat, wie er das Fehlen von Africismen bei Julian nachgewiesen hat.

Ter. Clemens, den man bisher für etwas jünger hielt als Julian, möchte der Verfasser entweder gleichzeitig mit Julian oder aber erst nach Papinian ansetzen. Er schliesst dies, wenn auch 'mit Vorbehalt', aus dem Gebrauch von 'sin autem'. Ueber diese Zusammenstellung soll nämlich nach K. (vgl. S. 10), da sie sich bei African, Gaius, Marcellus und Scaevola nicht findet, unter Antoninus Pius und M. Aurelius „gleichsam die Acht verhängt worden sein“. Es bleibt abzuwarten, ob sich diese Vermuthung allgemein bestätigt oder ob nicht doch nur eine persönliche Neigung Einzelner vorliegt. Aber selbst die Richtigkeit des Satzes angenommen, was beweist derselbe für einen Schriftsteller, von dessen Latein K. mit Recht sagt, dass es „von dem der vollwiegenden Juristen jener Zeit bedeutend absticht“, und von dessen Schrift er vermuthet, dass sie „mehr populär als wissenschaftlich sein wollte“? War Ter. Clemens nun gar ein Grieche, wie der Verfasser aus einigen Gräcismen zu schliessen geneigt ist, so kann er sehr wohl das 'sin autem' von älteren Vorbildern, die er studirte, entlehnt haben, auch wenn es seine engeren Zeitgenossen nicht schrieben. — Die Frage, wie weit man bei den classischen Juristen Formen zulassen darf, die der Formenlehre widerstreiten, wie der Ablativ 'legi' bei Ter. Clemens, dürfte vorläufig noch als eine offene zu betrachten sein. Thatsache ist, dass die Handschriften auch bei anderen Autoren uncorrecte Formen aufweisen, die man mit Recht unbedenklich beseitigt.

Wenn der Verfasser, Mommsens sachlich gemeintes Urtheil übertragend, Pomponius auch nach der sprachlichen Seite hin als „unwissenden Schriftsteller“ bezeichnen möchte, weil sich bei ihm eine grössere Anzahl von unclassischen Ausdrücken findet, so scheint mir dies gewagt, und das Urtheil, des Pomponius Sprache sei „ein Quodlibet“, weil das Auffällige sich „nicht in absichtlicher Wiederholung findet“, ist

nicht recht greifbar. Des Pomponius Sprache zeigt eben mehr Spuren der Umgangssprache, und zwar nach der vulgären Seite hin, als die seiner unmittelbaren Vorgänger. Des Verfassers Vermuthung, dass Oberitalien die Heimath des Pomponius sein könnte, weil er einmal 'comminus' = 'sofort' gebraucht, das Servius für einen Provincialismus Oberitaliens erklärt, hat wenig Ueberzeugendes. Pomponius kann sich dies Wort auch in Rom oder anderswo angeeignet haben, oder kann die betreffende Stelle entlehnt haben. Ja, wenn er das Wort öfter gebrauchte! In hohem Grade unwahrscheinlich ist auch die Annahme (S. 64), dass Pomponius zu der vulgären Abundanz 'perquam brevissimos' „durch Missverständniss von Stellen wie Cic. Att. 12, 38, 3 'maxime liberalissima' verführt worden“ sein könnte.

Bei Africanus schafft K. eine neue Controverse durch die Aufstellung, „dass den Compilatoren die Quästionen Africans in einer späteren Uebersetzung vorlagen“. Er schliesst dies daraus, dass die Ausdrücke 'minime = non, procul dubio, si quando, quando = weil, etenim' sich bei Africanus und bei späteren Juristen häufiger finden, während sie bei Africans Zeitgenossen und Nachfolgern selten vorkommen oder fehlen. Er nimmt deshalb an, dass die Quästionen Africans etwa unter Alexander Severus epitomirt worden seien. Mich haben seine Beweisgründe nicht zu überzeugen vermocht. Zunächst ist zu betonen, dass die angeführten sprachlichen Ausdrücke derartige sind, dass sie im Grunde bei keinem guten Schriftsteller der silbernen Latinität Anstoss erregen würden. Im einzelnen hat nach K. 'minime = non' (das sich auch sonst nicht selten so findet) Javolen 1 mal, Pomponius 2 mal, African 7 mal, Gaius 4 mal (!), Papirius 1 mal, Marcellus 1 (2) mal, Scävola 1 mal, Ulpian 11 (13) mal, Paulus 4 (6) mal, Modestinus 12 mal. Dieses zufällige Begegnen Africans mit Modestin in einer sprachlichen Liebhaberei scheint K. besonders bestimmt zu haben (vgl. S. 67 oben), eine Epitomirung der Quästionen zur Zeit Modestins anzunehmen. — Auch mit 'procul dubio' war schon Pomponius vorangegangen und von dem zweimaligen 'procul dubio est' bei Julian zu dem adverbialen 'procul dubio' bei African war doch nur ein Schritt. African hat 'procul dubio' 7 mal, wahrscheinlich eben in An-

lehnung an das Julianische 'procul dubio est'. Dann schreibt Africans Zeitgenosse Maecian 'procul dubio' 2 mal. Bei ihm ist es nach K. gewählt (vgl. S. 72), bei African aber später eingeschmuggelt! Ulpian hat den Ausdruck einige 20 mal, Paulus nur 1 mal, Modestinus schliesslich, der ja bezüglich des 'minime' so auffallend mit Africanus ging, hat ihn — kein Mal! (1 mal 'procul dubio est'). Ein Commentar ist wohl überflüssig. — Wenn der Verfasser ferner bei 'si quando' und weiter bei 'etenim' betont, dass es Lieblingsausdrücke Justinians seien, so ist das ja möglich und interessant, beweist aber nichts dafür, dass Justinians Räthen die Quästionen Africans in einer etwa um 230 angefertigten Epitome vorlagen. Bei 'si quando' gesteht K. selbst zu, dass „mit der Zahl 4 — so oft findet es sich bei African — eine Statistik eigentlich nicht hergestellt werden kann“. Vor African haben diese Verbindung schon Alfenus, Ter. Clemens und Pomponius je 1 mal, dann der gleichzeitige Maecian 1 mal, Gaius 2 mal (!), M. Aurel in Rescripten 2 mal, alsdann Callistratus 1 mal, Florentin 1 mal, Ulpian 6 mal, Paulus 4 mal. Ueber Modestin schweigt der Verfasser. — Bei der Aeusserung, die K. über 'quando = weil' macht, es sei „im Altlateinischen nicht selten“ gewesen, wohl aber im classischen Latein und werde „im Spätlatein wieder häufiger“, ist die ganze silberne Latinität einfach mit Stillschweigen übergangen. Schon hier ist aber dieser Gebrauch durchaus nicht selten. Nach Dräger hat ihn Tacitus sogar oft, und auch Livius, Sueton, Curtius kennen ihn. Warum soll also nicht Africanus, da die Julian- und die Pomponius-Stelle fraglich ist, diesen Gebrauch unter den Juristen zuerst haben können, wie er z. B. mit 'nonnisi' unter seinen näheren Zeitgenossen nach K. allein steht (vgl. S. 70)? Kann 'quando = weil' nicht ebenso gut ein Lieblingsausdruck des Africanus sein (er hat es nach K. 16 mal), wie z. B. 'utrumne', das er (vgl. S. 65) mit Pomponius gemeinsam hat? Warum müssen durchaus Venuleius (1 mal), Scävola (1 mal), Papinian (1 mal), Tryphonin (1 mal), Ulpian (1 mal), Paulus (4 mal), Macer (2 mal), Modestin (2 mal) damit vorangegangen sein? — Von 'etenim' schliesslich erklärt der Verfasser nur, ohne die Stellen anzuführen, dass es sich seit Papinian häufiger findet, giebt aber zu, dass auch die älteren Juristen und

Africans Zeitgenossen es, wenn auch sparsam, anwenden (Marcellus immerhin 6 mal!). Deshalb scheint ihm African mit 13 Stellen dort nicht hinzugehören. Dies die sprachlichen Punkte, mit denen K. seine neue These begründet. Sachliche Beweisgründe sind nicht beigebracht; denn die unwahrscheinliche Vermuthung auf S. 70 (Anm.) will doch der Verfasser kaum als einen solchen betrachtet wissen. Es ist sogar sachlich wenig glaubhaft, dass sich ein Epitomator an die Quästionen Africans herangewagt, dessen 'leges' für etwas Schwieriges sprichwörtlich geworden sind. Wollte man die späteren, sprachlichen Anklänge an Africanus mit K. überhaupt für auffallend und beachtenswerth halten, so liessen sie sich wohl in ungezwungener Weise aus einem etwas eingehenderen Studium Africans durch einige spätere Juristen erklären, das ja nicht immer in Citirungen zum Ausdruck zu gelangen braucht.

Maecianus sucht nach K. „in seiner Sprache zu imponiren und spricht doch nicht immer urban“. Aber gerade durch weniger urbane Wendungen suchte man damals vielfach zu imponiren! „Seine Sprache ist gewählt“ (aber deshalb noch nicht „rhetorisirend“!) und theilweise vulgär, erinnert deshalb den Verfasser im allgemeinen wie auch in Einzelheiten an die Sprache des Celsus.

Sehr eingehend und in der Hauptsache treffend ist Gaius und seine Sprache behandelt. Es wird auf die „ungeschminkte Schlichtheit und ein entschiedenes Streben nach deutlicher Darstellung hingewiesen“ und gezeigt, „dass Gaius mit den häufigen Wendungen 'admonendi sumus, superius (= supra) diximus, qua de causa, eo usque donec = so lange als' allein steht“. Hieraus aber zu folgern, „dass die späteren Juristen den Gaius kaum in der Weise benutzt haben können, wie sonst ihre Quellen“, wäre voreilig, und K. „verhehlt sich selbst nicht, dass sich gegen diese Folgerung Einwände erheben lassen“ und dass eine „absichtliche Vermeidung“ jener specifisch gaianischen Wendungen denkbar ist (vgl. S. 77 Anm.) — Der Verfasser ist mit Erfolg bemüht, den überzeugenden, sachlichen Indicienbeweis Mommsens, dass Gaius ein Provincialjurist und zwar ein Grieche gewesen, sprachlich durch den Nachweis von Gaianischen Gräcismen zu unterstützen. Wenn sich die Sprachforschung eine derartige Aufgabe stellt, wird

sie nicht so leicht in die Gefahr kommen, den sicheren Boden unter den Füßen zu verlieren. Man wird vielleicht in der Annahme von Gracismen bei Gaius zum Theil noch weiter gehen können als K., und auch das 'admonendi sumus', das 'eo usque donec', das vom Verfasser in anderem Zusammenhange erwähnte 'ut ecce' wird sich möglicher Weise noch als Gracismus erweisen lassen. In dem neben einander gestellten 'ne quidem' (= οὐδέ) möchte ich bestimmt einen vulgären Gracismus erblicken. Es giebt ja Sprachforscher, denen die Aufstellung sogenannter Gracismen in der lateinischen Sprache zuwider ist. Aber diese Anlehnungen an das Griechische lassen sich doch nicht wegleugnen. Man wird sie sogar classificiren können und müssen. Wenn ein römischer Dichter, der die griechische Sprache neben seiner Muttersprache beherrscht, wie z. B. Vergil oder Ovid sich in syntaktischen Wendungen an die griechische Sprache anschliesst, so werden diese Gracismen ein ganz anderes Gepräge haben als diejenigen, welche ein geborener Grieche, der das Lateinische mehr oder weniger gut spricht, in seine lateinische Darstellung hineinträgt. Ja es kann sogar der Fall eintreten, dass ein an sich gut lateinischer Ausdruck bei einem bestimmten Schriftsteller im wohlverstandenen Sinne als Gracismus zu fassen ist. Wenn z. B. der Grieche Callistratus D. 48, 19, 28, 3 sein heimathliches πολλάκις (wenn auch nur, um das vorangegangene 'saepius' zu variiren) mit 'aliquotiens' wiedergiebt, das auch Cicero hat, so steht er damit doch ganz allein unter den Juristen und scheint durch diesen, mindestens bei den Juristen nicht üblichen Ausdruck seine griechische Herkunft zu verrathen. Aehnlich verhält es sich meines Erachtens mit 'alicubi', das Callistratus 1 mal, Ulpian 2 mal schreibt, und mit 'aliubi', das wir bei (dem Griechen) Ter. Clemens und bei Marcian je 1 mal finden. — Der Ansicht sich anschliessend, dass die Uebereinstimmung von Gaius, Institutionen und Ulpian's Regulae auf Benutzung einer gemeinsamen Quelle zurückzuführen sei, glaubt der Verfasser sogar sprachliche Einflüsse dieser Quelle nachweisen zu können, indem er einige sprachliche Eigenthümlichkeiten zusammenstellt, die den beiden Schriften mit anderen „isagogischen Schriften“ gemeinsam seien (vgl. S. 84 ff.). Hiermit begiebt sich der Ver-

fasser auf ein recht unsicheres Gebiet, wohin ich ihm nicht zu folgen vermag. Das 'et denique' wird man getrost zu den gaianischen Eigenthümlichkeiten zählen können und annehmen dürfen, dass es ebenso fälschlich einmal in Ulpian's Regulae hineingerathen wie in die Reden Ciceros. Von den ausserdem angeführten Ausdrücken findet sich nach K. 'ut ecce' und das zusammengestellte 'ne quidem' überhaupt nicht in Ulpian's Regulae, und was 'praeterquam' anlangt, so kann doch das blosse 'praeterquam' mit 'praeterquam si' und 'praeterquam quod' nicht so ohne weiteres als eins angesehen werden. Ausser diesen Ausdrücken führt der Verfasser noch 'dum tamen' ins Feld. Sichere sprachliche Beweise dafür, dass die Späteren Gaius' Institutionen nicht benutzt haben können, dass vielmehr gemeinschaftliche Benutzung einer älteren Quelle vorliege, scheint mir K. nicht beigebracht zu haben. Wahrscheinlicher ist ja an sich die letztere Annahme.

Den Marcellus möchte K. anscheinend gern zum Schüler des Proculianers Celsus machen. Er führt auch sprachliche Eigenthümlichkeiten beider an, die aber nicht sehr überzeugen, da sie sich mehr oder minder häufig auch bei anderen Juristen finden, die zwischen Celsus und Marcellus stehen, und die Abneigung beider Juristen gegen die längere Form 'neque' und gegen 'licet' beweist doch recht wenig. Es werden sich ebenso gut auch genug trennende Punkte auffinden lassen. Der Verfasser sieht es denn auch als noch nicht erwiesen an, dass Celsus wirklich der Lehrer des Marcellus gewesen, erklärt vielmehr die angeführten sprachlichen Berührungspunkte ganz richtig damit, „das Marcellus sich mit den Digesten des Celsus eingehender beschäftigte“. Die Aehnlichkeit, die K. zwischen der Sprache des Celsus und Marcellus gefunden zu haben glaubt, bringt ihn auch dazu, das wohl sicher justinianische 'adimplere' (vgl. Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten S. 45 ff.), das auch dem Celsus und Marcellus je 1 mal in den Digesten zugetheilt ist, seiner früheren Ansicht (vgl. Juristenlat. S. 78) entgegen, wenigstens für diese beiden Autoren retten zu wollen. Mehr Wahrscheinlichkeit hat des Verfassers Ansicht über 'certiorare'. Von diesem Verbum hatte Gradenwitz (vgl. Interpolationen S. 163) angenommen, dass sein Vorkommen eine Interpolation „sehr stark vermuthen

lasse“, allerdings mit der Hinzufügung, „wenn es auch nicht gerade als directer Beweis für eine solche anzusehen ist“. Kalb hat schon anderweitig der Einreihung des Wortes unter die Justinianismen widersprochen und fasst in dem vorliegenden Buche (S. 91 Anm. 1) seine Bedenken nochmals zusammen. Leider thut er dies mit einer gewissen persönlichen Schärfe, welche die Sache, die man vertritt, nur zu beeinträchtigen vermag. Der Grund, den K. gegen die Annahme von Gradenwitz anführt, dass ‘certiorare’, wenn es ein Justinianismus wäre, sich bei Justinian häufiger finden müsste, als es der Fall ist (bis jetzt ist es nur einmal bei Justinian nachgewiesen; während es sich in den Pandekten nach K. 23 mal findet), muss meines Erachtens bestimmend sein, das Wort aus der Reihe der an und für sich verdächtigen Wörter zu streichen. Es ist ja deshalb doch nicht ausgeschlossen, dass an einem Theil der von Gradenwitz verdächtigten Stellen in irgend einer Weise von Tribonian Aenderungen vorgenommen worden sind. Es scheint mir sehr wohl denkbar, dass Tribonian bei seinen Aenderungen, die er aus irgend einem Grunde machte, ein Wort wie ‘certiorare’, wenn er es in der Vorlage fand, mit hinüber nahm, vielleicht gerade um seiner Abänderung den Stempel der Ursprünglichkeit aufzudrücken. Doch liegt an einem anderen Theil, der von Gradenwitz angezogenen Stellen, wohl nur eine gewisse Weitschweifigkeit vor, der wir auch sonst bei Ulpian begegnen. Jedenfalls wird es für jetzt dabei sein Bewenden haben müssen, dass wir ‘certiorare’ bei Marcellus zuerst antreffen. K. bezeichnet den Marcellus deshalb geradezu „als den Schöpfer des Wortes“ und „vermuthet“ auf Grund desselben „eine gewisse Congenialität“ zwischen Marcellus und Celsus, da auch Marcellus durch das Wort ‘certiorare’ die Neigung an den Tag lege, „das eigene Genie hinsichtlich der Sprache nicht immer in die Schnürstiefel des Usus zu zwängen, wenn die Ratio eine Abweichung gestattete“. Was es mit dieser, auf den Gebrauch des einen ‘certiorare’ hin dem Marcellus zugewiesenen Genialität auf sich hat, möge die Bemerkung zeigen, dass (nach Paucker) von den im ganzen ca. 1800 verbis denominativis auf -are, alles in allem, auch die von Substantiven, Adverbien und Participien gebildeten mit eingerechnet, ca. 750 in der Zeit nach Hadrian neu auf-

treten, zum grössten Theil wohl aus der Umgangssprache. Unter diesen 750 Verben, die zum Theil viel auffallender sind, befindet sich auch 'certiorare'! Ob Marcellus wirklich der Schöpfer des Wortes war, können wir garnicht wissen. Er kann es ebenso gut aus der Umgangssprache eingeführt haben; ja bei der lückenhaften Erhaltung der römischen Literatur ist es nicht einmal ausgemacht, dass Marcellus es wirklich zuerst geschrieben hat. Wenn man das Wort würdigen will, so muss man es mit den übrigen von Comparativen abgeleiteten *verbis denom.* vergleichen, wie es der Verfasser im Archiv für lat. Lexikogr. I S. 89 auch gethan hat. Dieser Vergleich ist für den Einfluss der juristischen Sprache sehr belehrend. Wenn auch das frühere Kalbsche Urtheil (a. a. O.), „dass Ulpian und andere Juristen die von Comparativen abgeleiteten Verba wie 'certiorare, meliorare, minorare' unbedenklich und oft gebraucht haben“, nicht zutreffend ist, so treten doch diese Verba in der juristischen Sprache zuerst auf. Die noch in Betracht kommenden Verba sind 'deteriorare, maiorare, meliorare, minorare, peiorare' (vgl. Wölfflin, Cassius Felix S. 418 f.). Ich halte sie alle für Formen der späteren Umgangssprache, die sich vielleicht in Anlehnung an das Griechische entwickelt haben. Von diesen Verben nun ist 'maiorare' bisher nur in Glossen nachgewiesen; 'deteriorare' findet sich zuerst bei dem juristisch gebildeten Symmachus in einem Briefe juristischen Inhalts (IV, 68, 3 „habita deterioratae rei aestimatione“), dann in einer Novelle Theodos. II (C. Th. 1, 10, 2 pr.), ferner bei Ambrosius und andern Kirchenschriftstellern. Mit 'meliorare' macht Ulpian in der einzigen Digestenstelle 7, 1, 13, 5 den Anfang. Der Codex Theod. folgt mit einigen Stellen nach. 'Minorare' hat der vulgär schreibende Scaevola D. 18, 7, 10; Tertullian, Jurist und Kirchenlehrer zugleich, verwendet zu derselben Zeit das Wort im Kirchenlatein (vgl. Wölfflin, Sav.-Ztschr. IX, R. Abth. S. 6), 'peiorare' schliesslich ist bei Paulus, Sent. II, 18, 1 von Krüger zwar beseitigt, aber die guten Handschriften scheinen es doch zu verbürgen und das dort unmittelbar folgende 'melio-riorem facere' ist vielleicht kein ausreichender Grund, das Wort mit den geringeren Handschriften in 'peio-riorem' abzuändern, so leicht auch die Aenderung ist. Auch sonst bieten ja ge-

legentlich die *Sententiae* einen Ausdruck, der sich aus Paulus' Digestenfragmenten nicht belegen lässt. (Ueber den sonstigen intransitiven Gebrauch von 'peiorare' vgl. Wölfflin, Cass. Fel. a. a. O.) Man sieht, überall ist die juristische Sprache im Gebrauch dieser Verba vorangegangen und zwar sicher die vorjustinianische. Diese Beobachtung bestimmt mich aber, der schon an sich unwahrscheinlichen Behauptung des Verfassers entgegenzutreten, dass Marcellus „nahezu auch der Erhalter“ des Wortes 'certiorare' gewesen, dass mithin Ulpian, der es 18 mal aufweist, es aus einer Marcellus-Stelle direct entlehnt habe. Für einzelne Stellen sucht der Verfasser dies zum Theil recht gekünstelt nachzuweisen. Es ist nicht ersichtlich, warum Ulpian nicht das Wort — vielleicht nach dem Vorgange des Marcellus — in seinen eigenen Wortschatz aufgenommen haben soll, so gut wie er einmal das 'meliorare' schreibt. — Wenn K. sein Schlussurtheil über Marcellus dahin zusammenfasst, dass derselbe „sprachliche Bildung auch durch Vermeidung von auffallenden Vulgarismen zeige“, so erfährt dieses Urtheil doch durch das 'certiorare' und vollends durch das von K. zugelassene 'adimplere' eine wesentliche Einschränkung. Auch das Adjectivum 'periniquus' bei Marcellus (D. 26, 7, 29, ausserdem nur noch bei Ulpian D. 48, 5, 14, 5) möchte ich trotz seines Vorkommens bei Cicero zu den Vulgarismen allerdings im besseren Sinne rechnen.

Bei der Besprechung des Venuleius Saturninus glaubt der Verfasser von sprachlicher Beobachtung aus die Controverse, ob Venul. Saturninus mit Claudius Saturninus identisch ist, endgiltig entscheiden zu können. Er schreibt: „Die Sprache giebt uns die Antwort: Claud. Saturninus d. h. der Verfasser des vereinzelten Fragments 'de poenis paganorum' ist frühestens ein Zeitgenosse Papinians.“ Die Argumentation ist (vgl. S. 25 f.) folgende: 'Plecti' = bestraft werden' kennt Papinian noch nicht; erst Callistratus führt es ein. Das Verbum kann „als term. techn. kaum zeitlich isolirt vorkommen“ (?). Deshalb kann das Werk des Claudius Saturnin. 'de poenis paganorum', welches 'plecti' aufweist (D. 48, 19, 16, 9), nicht vor Septimius Severus geschrieben sein und Claud. Saturnin. wird mit Unrecht für identisch mit Venul. Saturnin. gehalten, da letzterer D. 48, 2, 12, 4 'puniri' und 'animadverti' gebraucht.

Sieht man sich nun das dem Claud. Saturnin. zugewiesene Fragment genauer an, so wird man sehr erstaunt sein, zunächst 3 mal (princ. §§ 2. 3) 'puniri' zu finden, dann in § 7 'coerceri', was in § 8 nach einem dazwischen gestreuten, activischen 'punire' durch 'lui' abgelöst wird. Erst zuletzt in § 9 findet sich das in Rede stehende 'plecti'. Was zeigt diese Thatsache? Sie zeigt, dass der term. techn. für 'bestraft werden' bei Claud. Saturnin. durchaus 'puniri' ist wie bei Venul. Saturnin. Lediglich um im Ausdruck abzuwechseln greift Claudius nach dreimaliger Anwendung seines term. techn. erst zu 'coerceri', dann zu 'lui' und ganz zuletzt zu 'plecti'. Der Umstand aber, dass Claud. Saturnin. mit dem schon ciceronianischen Ausdruck, der wohl in der Umgangssprache stets fortlebte, einmal das übliche 'puniri' variirt, überzeugt mich nicht im geringsten davon, dass er nicht vor Septimius Severus geschrieben haben und mit Venul. Saturn. nicht identisch sein kann. — Ich möchte das Bestreben im Ausdruck abzuwechseln, von dem sich z. B. Symmachus in seinen Briefen sehr leiten lässt, garnicht als ein rhetorisirendes bezeichnen. Es entspricht der schriftstellerischen Klugheit, den Leser nicht durch zu häufige Wiederholung desselben Ausdrucks abzustossen und zu ermüden. Die Schrift des Saturninus 'de poenis paganorum', die nur von Strafen handelte, enthielt vermuthlich eine ganze Blüthenlese von Synonymen für 'punire' und es wäre interessant, wenn wir noch vergleichen könnten, wie das Bestreben, abzuwechseln, durch die ganze Schrift hin zur Geltung kam. Auch sonst beobachten die Juristen das Abwechslungsprincip recht häufig, so häufig, dass es sich einmal lohnte, sie daraufhin besonders zu untersuchen. Die Kenntniss dieses Principis wird vor übereilten Schlüssen bewahren, die nur die sprachliche Beobachtung als Hilfsmittel bei der Entscheidung von Controversen in Misscredit bringen können. Wenn es dem Verfasser nicht gelingt, triftigere Gründe für seine Behauptung beizubringen, als das 'plecti', so wird die Sprachbeobachtung bei der in Rede stehenden Controverse sich eine Entscheidung-versagen müssen.

Scävola lässt nach K. in grösserem Umfange als Marcellus Vulgarismen zu und nähert sich hierin dem Pomponius,

mit dem er sich auch in sprachlichen Einzelheiten berührt. Doch sind diese Berührungspunkte wohl kaum so hervortretend und zahlreich, dass man Scävola deshalb für einen Schüler des Pomponius halten könnte, wie der Verfasser zu folgern geneigt scheint. Mit 'non alias quam' war nicht Pomponius vorangegangen, wie K. S. 96 meint, sondern Javolen. Pomponius hat einmal 'non alias nisi', das allerdings auch Scävola einmal schreibt. Doch bevorzugt der letztere das vulgäre 'non alias quam' mit nachfolgendem Coniunctiv, wie oben gezeigt worden ist. — Dass auch bei Scävola mit den vulgären Ausdrücken Gracismen gepaart sind, weist K. treffend an verschiedenen Wendungen nach. Warum aber diese klaren Gracismen „nicht den geringsten Anhalt bieten“ sollen (vgl. S. 100), den Scävola mit Bremer für einen Griechen zu halten, kann ich nicht einsehen. Die Gracismen bei Scävola scheinen mir mindestens ebenso augenfällig und beweiskräftig, wie beispielsweise die, welche dem Verfasser die griechische Herkunft des Ter. Clemens wahrscheinlich machen (vgl. S. 62). Jedenfalls vermag ich mich dem Urtheil des Verfassers, dass „die Sprache mit gleichem Recht nach Afrika weisen“ würde, entschieden nicht anzuschliessen, da mir von den angeführten Africismen nur das 'longe longue' als sicher afrikanisch gilt. Viel eher würde ich Scävola eben mit Bremer für einen Griechen halten. Doch wird es überhaupt nicht nöthig sein, ihn als einen Ausländer zu betrachten, wie im Grunde auch des Verfassers Endurtheil lautet (vgl. S. 100). Auch als eingeborener Römer (oder als Grieche) konnte sich Scävola sehr wohl, einer persönlichen Neigung folgend, von der frontonianischen Sprachrichtung beeinflussen lassen. Eine solche Beeinflussung kann man wohl mit K. (vgl. S. 102) „in einer gewissen Effecthascherei“ Scävolas und in seiner Vorliebe für „Apartes“ erblicken, welche der Verfasser „als die andere Seite von seinem Sprachcharakter“ bezeichnet und durch Beispiele belegt. Allerdings hatten ja auch Celsus, Gaius, Maecianus schon ihr recht Apartes ohne Einwirkung der frontonianischen Richtung. — Dass sich Scävola, wenn er 'insuper = praeterea' und 'super = de' gebrauchte, wirklich dessen „bewusst gewesen, dass er von seinen Fachgenossen durch die Wahl des Wortes abwich“, wie K. vermuthet, ist doch kaum

wahrscheinlich. Von Besonderheiten bei Scävola wäre z. B. noch anzuführen gewesen das nur D. 33, 7, 20, 6 (und von hier direct entlehnt, Paulus ad. Vit. D. 32, 78 pr.) sich findende 'aliorum' und das dichterische 'ausim', D. 29, 7, 14 pr., das nur noch Ulpian D. 38, 16, 1. 1 einmal hat. 'Postmodum = postea' schreibt zuerst Scävola D. 12, 6, 67 pr., nach ihm Ulpian D. 2, 13, 6, 6, Paulus D. 45, 1, 132 pr., Modestin D. 3, 5, 25. Bei 'expensa' (vgl. K. S. 99) wäre noch die Ulpian-Stelle D. 27, 10, 1 pr. nachzutragen. — Ob übrigens die Annahme von B. Kübler, dass bei den juristischen Schriftstellern sich drei Stilperioden unterscheiden lassen werden, besonders ob mit Julian eine augenfällige Aenderung des Stils nachweisbar sein wird, muss die Zukunft zeigen. Jedenfalls möchte ich Kalb darin beistimmen, dass dann schon mit Scävola eine neue (vielleicht die zweite?) Periode zu beginnen wäre. Wie schon Schirmer in dieser Zeitschrift Rom. Abth. Bd. VIII S. 165 treffend hervorhebt und Kalb nach ihm betont (vgl. S. 100), „stossen wir bei Scävola auf eine ganze Reihe von schwerfälligen, nach einem passenden Ausdruck förmlich ringenden Stellen“.

Ganz besonderes Interesse darf die Sprache Papinian's beanspruchen; sie wird auch, wie K. andeutet, demnächst in einer Monographie behandelt werden. Wenn auch jetzt, nachdem Mommsen die bisher aus Spartian Carac. 8, 3 angeführte Stelle als interpolirt nachgewiesen (vgl. diese Zeitschr. Rom. Abth. Bd. XI, S. 30), ein directes Zeugniß dafür fehlt, dass Papinian der Schüler Scävolas gewesen, so ist doch die Möglichkeit immerhin vorhanden. K. nimmt diese Schülerschaft in seiner Darstellung auf Grund jener Stelle noch als unzweifelhaft an und weist auf einzelne sprachliche Berührungspunkte zwischen Papinian und Scävola hin. Sehr tiefgebender Art ist meines Erachtens das Gemeinsame nicht. Wie Scävola hat auch Papinian (ob aber gerade als 'Erbtheil'?) nach K. eine „Neigung zu gewählten Ausdrücken“. Besonders hervorgehoben sei hier die Phrase 'vita decedere' (vgl. S. 109), mit der (wie es den Anschein hat!), Papinian in der ganzen römischen Litteratur vereinzelt dasteht. Da sich die Wendung nur noch in einigen Rescripten des Septimius Severus und in einer Rede Caracallas findet, so schliesst der Verfasser,

dass Papinian diese Schriftstücke „stilisirt“ habe. Bei diesem Argument ist die Wahrscheinlichkeit nicht so gar gering. Wenn der Verfasser aber ebenso aus dem Gebrauch von ‘modo si’ für ‘si modo’ (vgl. S. 112 f.), das schon Ovid und Julian haben, ferner Apuleius schreibt, einen ähnlichen Schluss zieht, und, da sich ‘modo si’ noch in einem Rescript Caracallas vom September 212 und vom Februar 213 findet, folgern will, dass Papinian bis Anfang 213 im kaiserlichen Consilium gewesen und man somit seine Ermordung bisher zu früh angesetzt hat, so möchte ich diese Schlussfolgerung doch als eine recht kühne bezeichnen. In einem kleinen Aufsätze „Bekannte Federn in Rescripten römischer Kaiser“ in den *Commentatt. Woelffliniana*e 1891 S. 331—337 kommt Kalb eingehender auf die eben besprochene Annahme zurück und sucht auch Spuren anderer Juristen in kaiserlichen Rescripten aufzufinden. Er vermag freilich nur noch für Modestinus ein positives Resultat zu gewinnen, von dem er in den Rescripten Gordians „deutlichere Spuren“ zu erkennen glaubt. Wie er jedoch bei Modestinus meint (vgl. *Comm. Woelffl.* S. 334 Anm.), dass die „grösste Reserve zu beobachten“ sei, weil Fragmente von anderen, gleichzeitigen Juristen fehlen, so kommen ihm auch bezüglich seiner Papinian-Aufstellungen Bedenken. Er schreibt (*Comm. Woelffl.* S. 332 Anm. 2): „An und für sich möglich wäre natürlich auch ein sonderbarer Zufall; es könnte ein uns unbekannter Jurist die gleiche Spracheigenthümlichkeit gehabt haben, oder ein Canzleisecretär, welcher etwa auch noch einige Zeit nach Papinians Tode die Entscheidungen zu Protocoll nahm, könnte sich unwillkürlich — oder, so setze ich hinzu, in absichtlicher Anlehnung an den grossen und einflussreichen Juristen — einzelne papinianische Phrasen, die er oft gehört hatte, angeeignet haben.“ Ich brauche dem nichts hinzuzufügen. — Aus einer Reihe von sprachlichen Wendungen glaubt K. auf Papinians Heimath schliessen zu können: er hält ihn für einen Afrikaner. Allein von den Punkten, die der Verfasser anführt, scheinen mir nur ‘fini’ = unserm ‘bis’ und ‘insuper habere’ als sichere Africismen gelten zu können. Wie diese sich erklären, darüber wird weiter unten zu sprechen sein. Ob das Substantivum ‘immemoria’ (D. 41, 2, 44) pr. dem Papinian zuzutheilen oder ob mit

Mommsen 'memoria' zu lesen sei, wird sich wohl sicher entscheiden lassen, wenn die Lexikon-Artikel 'memoria' resp. 'repetere' bearbeitet vorliegen werden. Lässt man aber den Soloeismus bei Papinian zu, so finde ich in demselben durchaus nicht wie der Verfasser (vgl. S. 114 Anm. 3) „ein echt afrikanisches Gepräge“. Wölfflin weist im Archiv f. lat. Lexikogr. Bd. IV S. 400 ff. auch nur diejenigen Substantivbildungen mit 'in privativum' hauptsächlich dem afrikanischen Latein zu, bei denen die Zusammensetzung ohne sichtbare Mittelstufe von Adjectiven erfolgt ist. Bei 'immemoria' wäre aber 'immemor' vorangegangen. Und noch eins ist zu erwägen: K. führt nach Wölfflin S. 406 Anm. 3 unter den afrikanischen Neubildungen auch 'immemoratio' an, das mit dem papinianischen 'immemoria' gleichbedeutend sein würde. Soll man nun annehmen, dass die afrikanische Mundart hier zwei gleichbedeutende Ausdrücke zur Verfügung hatte? Das wäre ja nicht geradezu unmöglich, aber doch recht unwahrscheinlich. — Das auf Wölfflin zurückgehende Argument, das der Verfasser „geradezu einen Beweis für Afrika als Heimath“ Papinians nennt, hat mich nicht zu überzeugen vermocht, ich meine die Wortform 'exter'. In dem dritten Abschnitt der sogenannten Appendix Probi giebt nämlich, wie K. S. 116 ausführt, ein Grammatiker unter anderen Weisungen über anzuwendende und zu meidende Formen auch die Regel 'exter non extraneus'. Nimmt man nun den Beweis, dass der Abschnitt in Afrika entstanden, als erbracht an, so konnte man aus jener Grammatikervorschrift in doppelter Weise folgern. Entweder man sagte: Papinian ist ein Afrikaner, weil er diejenige Form anwendet, die der Grammatiker als vulgär-afrikanisch verwirft. Diese Form wäre aber 'extraneus', also gerade derjenige Ausdruck, der nach Kalbs Darlegungen der am meisten classische ist (vgl. K. S. 40 f.). Es muss doch Bedenken erregen, dass der Grammatiker hier vor einer gut classischen Form warnen soll, während es sonst zum Theil recht arge Vulgarismen sind, von denen er abräth. Ja wenn es hiesse 'exter non extrarius'? Denn 'extrarius' betrachtet ja der Verfasser gerade als afrikanischen Archaismus (vgl. S. 40 und 115). So eignet sich der Verfasser denn die zweite Möglichkeit der Folgerung an. Er schliesst: weil „Papinian die

Regel des afrikanischen Grammatikers befolgt“ und ‘exter’ schreibt, so hat er „in Afrika seine Vorbildung genossen“. Da nun aber Papinian thatsächlich ‘extraneus’ neben ‘exter’ anwendet, so verfällt der Verfasser auf den Ausweg, eine positive und eine negative Seite der Regel zu unterscheiden. Er meint: die positive Seite der Regel befolgte Papinian (nämlich 3 mal!), die negative Seite befolgte er „nicht streng“. Eine grammatische Regel aber, die man nach der positiven Seite befolgt, nach der negativen Seite nicht, hört nach meinem Dafürhalten auf eine Regel zu sein. Kurz, ich kann dem ganzen Argument keine beweisende Kraft zuerkennen. — Nach alledem dürfte der Beweis, dass Papinian aus Afrika stammte und dort auch vorgebildet wurde, keineswegs erbracht sein, so bestimmt auch der Verfasser es „erwiesen“ zu haben glaubt (vgl. Commentt. Woelffl. S. 337). Man wird vorläufig gut thun, an der alten, von Otto aufgestellten Hypothese, die man ihm „bisher einmüthig nachgesprochen hat“ (!), festzuhalten, da sie sachlich recht gut begründet erscheint. Das ‘per secundam uxorem’ (vgl. S. 117) wird gerade der „vorurtheilsfreie Leser“ in der Kaiserbiographie auf Caracalla beziehen, von dem es auch sonst bezeugt ist, dass er zweimal verheirathet war. Das Bremersche Argument ferner, dass bei Papinian in der Erledigung von Anfragen 5 mal östliche Districte genannt werden, wird durch Kalbs Gegenbemerkung nicht entkräftet. Er vermag zwar aus den „älteren Quaestiones“ einmal Alexandria anzuführen, aber keinen Namen, der zur eigentlich afrikanischen Provinz Beziehung hätte. — War nun aber Papinian ein Syrer, wie kam er zu einigen Afri-cismen? Die eine Erklärung wäre die von K. S. 118 angeführte, dass er aus Artigkeit der Sprachgewohnheit seines kaiserlichen Freundes Zugeständnisse machte, von dem Spartian sagt: ‘canorus voce, sed Afrum quiddam usque ad senectutem sonans’. Aus welchem Grunde diese Annahme „die grösste Unwahrscheinlichkeit in sich tragen würde“, wie der Verfasser hinzufügt, ist mir nicht klar. Warum soll das, was K. auf S. 59 von Julian und Pomponius dem Kaiser Hadrian gegenüber als möglich hinstellt, bei Papinian dem Septimius Severus gegenüber so ganz unwahrscheinlich sein? Würde eine solche Annahme etwa das Bild, das wir uns von Papinians

Charakter machen, zu trüben im Stande sein? Indess man braucht ja auch nicht diese Art sprachlicher Liebedienerei zur Erklärung der wenigen Africismen heranzuziehen. Es befriedigt ja völlig die Annahme, dass Papinian in sprachlicher Hinsicht sich der afrikanischen Richtung anschloss ohne selbst ein Afrikaner zu sein. Ihm als Syrer dürfte ein solcher Anschluss an eine sprachlich neue, recht wenig classische Richtung kein Bedenken gemacht haben. Wenn aber jemand dieser Erklärung Papinians sonstige Selbständigkeit entgegenhalten sollte, so möge er erwägen, dass mit sachlicher Originalität eine sprachliche keineswegs Hand in Hand zu gehen braucht. — Eine eingehende Vergleichung von Papinians Sprache mit derjenigen der erwähnten Griechen unter den Juristen, namentlich mit der Ulpian's, würde vermuthlich nicht unerhebliche Berührungspunkte zu Tage fördern. Beispielsweise ist es beachtenswerth, dass Papinian mit dem Griechen Callistratus, „der im Osten schrieb“, das Adjectivum ‘incolpatus’ gemeinsam hat (vgl. K. S. 121), dass er dem Griechen (Syrer?) Tryphoninus durch die Construction ‘neque enim admittendum esse distinctionem’ nahe kommt (vgl. S. 123 Mitte)¹⁾, dass er mit dem Syrer Ulpian ‘parvi refert’ (vgl. S. 130 Mitte) ebenso, was K. übersehen (vgl. S. 136 Mitte), die Form ‘paritum est’ theilt. Diese Form hat näm-

¹⁾ Diese Gerundivconstruction findet sich m. W. in den Pandekten an acht Stellen: einmal bei Tryphonin (49, 15. 12 § 2; n. 13 L.), dreimal bei Ulpian (1, 9. 12, 1; 19, 1. 13 pr.; 42, 1. 16; n. 20, 934, 1430 L.); viermal bei Paulus (2, 11. 12 § 1; 3, 5. 18 § 1; 24, 3. 45; 46, 2. 19; n. 1840, 1032, 1336, 776 L.). Die Redeweise ist bekanntlich dem älteren Latein, namentlich Plautus und Varro, geläufig; sie findet sich vereinzelt bei Schriftstellern der spätrepublikanischen und der ersten Kaiserzeit, verschwindet dann aber aus der Schriftsprache. Reisig, Vorlesungen 3 (von Schmalz u. Landgraf) § 436 S. 774 ff.; Kühner, Lat. Grammatik 2, 543. Im Griechischen ist der Gebrauch zu allen Zeiten gewöhnlich. Bei einzelnen dieser Stellen ist die Interpolation ausser Zweifel: wie bei 1, 9. 12, 1 (Eckhard, hermen. iur. p. 493); 24, 3. 45 (Faber, coniect. 13, 5. 11 sq.). Alle anderen unterliegen den stärksten formalen und namentlich sachlichen Bedenken. In ungezählten Fällen haben die Juristen die allgemein übliche Construction. Ich trüge daher kein Bedenken, die abweichende Redeweise für einen Gracismus und durchweg interpolirt zu erklären, wenn sie in Justinians Erlassen sich fände, wo ich sie bis jetzt nicht entdeckt habe. A. P.

lich auch Ulpian D. 29, 4, 6, 10. Der Verfasser hätte diese Eigenthümlichkeiten der papinianischen Sprache doch schon bei Papinian erwähnen müssen, wenn sie dort auch seine Hauptaufstellung recht wenig unterstützt haben würden. Zu den erwähnten treten die von K. auf S. 129 zusammengestellten sprachlichen Berührungspunkte zwischen Papinian und Ulpian, die um so mehr Bedeutung haben, je weniger es erwiesen ist, dass Papinian wirklich der Lehrer Ulpians gewesen.

Bezüglich der noch folgenden Juristen kann ich mich kürzer fassen, da ich hier im ganzen mit den Ausführungen Kalbs einverstanden bin.

Das unclassische Latein des Callistratus erklärt der Verfasser durch die schon von Bremer aufgestellte These, dass dieser Jurist „im griechischen Osten des Reiches schrieb“. Der Verfasser weist eine Reihe von Gracismen und sprachlich auffallenden Ausdrücken nach, mit denen Callistratus zum Theil „in den Digesten ganz allein steht“. — Auch für Tryphoninus wird mit Kalb und Bremer „das hellenistische Asien“, vielleicht Syrien anzusetzen sein. Es gelingt dem Verfasser, fast alle sprachlichen Besonderheiten des Tryphoninus als Gracismen nachzuweisen. Mehrfache Berührungspunkte mit anderen Griechen unter den Juristen sind zu beobachten. Ein augenfälliger, sonst noch nicht bemerkter Gracismus sei hinzugefügt. Wenn Tryph. D. 41, 1, 63, 3 schreibt: *‘nihil agens sed aliter ambulans invenit’* etc., so entspricht das *‘aliter’* = *‘sine consilio, ohne Zweck, ohne bestimmte Absicht’* genau dem griechischen *ἄλλως*, das diese Bedeutung haben kann. — Ob Tryphoninus der Schüler Scävola war, wie K. (S. 125) als wahrscheinlich hinstellt, lässt sich nicht ermitteln. Sprachliche Berührungspunkte vermag der Verfasser so gut wie keine anzuführen. Aus dem Vorkommen „des tryphoninischen *quando*“ in den Rescripten des Alex. Severus zieht der Verfasser den schwach begründeten Schluss (vgl. S. 125 unten), dass dieser Kaiser den nach K. (S. 122) um 212 aus Rom gewichenen Tryphoninus „in seine Umgebung gezogen habe“. K. scheint seine Vermuthung inzwischen aufgegeben zu haben. Wenigstens kommt er in dem

erwähnten Aufsatz „Bekannte Federn etc.“ nicht wieder darauf zurück.

Ob man zuerst Ulpian oder zuerst Paulus zu behandeln habe (vgl. K. S. 126 Anm.), dürfte eine Frage von untergeordneter Bedeutung sein. Man wird Ulpian voranstellen, weil seine Fragmente doppelt so viel Umfang einnehmen als die des Paulus und weil er nicht so sehr von seinen Quellen abhängt wie dieser, mithin wenn es sich um Charakterisirung jener Sprachperiode handelt, in erster Linie in Betracht zu ziehen ist. Doch könnte man mit gutem Recht auch Paulus voranstellen, weil er eben in Folge seiner grösseren Abhängigkeit von den Quellen viel mehr altes Sprachgut birgt, das historisch betrachtet eigentlich voranzusetzen wäre.

Die Annahme wirklicher Semitismen bei dem Syrer Ulpian weist der Verfasser mit Recht zurück, auch das Auftreten von augenfälligen Africismen verneint er hier. Das 'cur = quod', welches Ulpian nach K. (S. 128) 5 mal aufweist, hat Sittl überhaupt nicht für das afrikanische Latein in Anspruch genommen, wie der Verfasser meint, sondern für das gallische, und nicht 'prae manu habere', sondern 'prae manu esse' führt Sittl als afrikanisch an. „Von seinen Quellen liess Ulpian sich nach K. nicht so sehr beeinflussen, dass er nicht seine eigene Manier sich gewahrt hätte.“ Hierfür giebt der Verfasser eine Reihe von interessanten Belegen. Dass es einmal möglich sein könnte, aus Ulpians Sprache die syrische Latinität zu rekonstruiren, wie K. glaubt, erscheint mir als ein etwas kühnes Zukunftsproject.

Bei Paulus zweifelt K. an der Möglichkeit, einen bestimmten Sprachcharakter feststellen zu können. Da dieser Jurist „überwiegend ein Epitomator und Commentator“ ist, so „schillert nach K. sein Wortschatz in verschiedenen Farben“. Doch weist ihm der Verfasser im allgemeinen, da „Auffälligkeiten vermieden“ sind, einen „glatten und guten Stil“ zu¹⁾. Die von K. angeführten Aehnlichkeiten zwischen Paulus und

¹⁾ Den Juristen hat Paulus' Darstellung immer als holpricht und unbeholfen gegolten, und seine Dunkelheit ist sprichwörtlich (K. Witte, bei Ersch u. Gruber III, 14 S. 222 f.). Ueber seine wissenschaftliche Bedeutung gehen die Meinungen weit auseinander. A. P.

Scävola und vollends die zwischen Paulus und Papinian (vgl. S. 136) sind kaum bemerkenswerth. Andererseits werden die Berührungspunkte zwischen Ulpian und Paulus wahrscheinlich viel zahlreicher sein, als K. bis jetzt nachweisen kann. Auch specielle Eigenthümlichkeiten werden sich bei Paulus vermuthlich in grösserer Zahl auffinden lassen. Ueberhaupt wird sich erst nach eingehenderer Untersuchung ein abschliessendes Urtheil über die Sprache dieses Juristen fällen lassen. Erst dann wird man in Sonderheit entscheiden können, ob die gräcisirende Latinität (vgl. K. S. 137) und die Berührung mit Ulpian nicht vielleicht eine so weitgehende ist, dass man auch Paulus für die Phönicier oder doch wenigstens für die Griechen beanspruchen darf.

Die Erklärung der recht zahlreichen Berührungspunkte zwischen Gaius und Marcianus aus ihrer Thätigkeit „als Institutionenschreiber“ (vgl. K. S. 138) scheint mir nicht ausreichend zu sein. Vielmehr möchte ich auch Marcianus für einen Griechen halten. Dass er nach K. „in seinem Wortschatz am meisten Aehnlichkeit mit Ulpian hat“ und dass „einige Ausdrücke bei ihm an Justinians Sprache erinnern“, spricht für die Wahrscheinlichkeit dieser Annahme. — Dass der Verfasser den Macer auf Grund des gallisch-lateinischen Gebrauchs von 'pro = propter' nicht gleich zum Gallier macht, ist nur zu billigen.

Bei Modestinus führt K. verschiedene sprachliche Anzeichen der späteren Zeit auf, zu denen er auch einige vulgäre Archaismen zählt. Modestins Sprache nähert sich nach K. schon dem „Kunstlatein“ der späteren Kaiserconstitutionen. — Mit Recht erklärt der Verfasser von sprachlicher Beobachtung aus, „dass das, was wir unter Hermogenians Namen besitzen, im wesentlichen noch in der classischen Zeit abgefasst ist, während er im Gegensatz dazu bei Charisius treffende Belege für den durchaus „nachclassischen Stil“ anführt. — Dass das fragmentum de iure fisci nicht von Ulpian herrührt, macht K. wahrscheinlich. Er hält es für eine Epitome aus späterer Zeit. — Ueber das fragmentum Dosithei schliesslich kann meiner Meinung nach noch kein endgültiges Urtheil gefällt werden.

Ich komme zum Schluss meiner Besprechung. Nach den

vorausgeschickten Erörterungen muss ich mich gegenüber den litterarhistorischen und sachlichen Folgerungen, die der Verfasser aus seinen sprachlichen Beobachtungen ziehen zu können glaubt, meist ablehnend oder doch abwartend verhalten. Die Kalbschen Aufstellungen sind nach dieser Seite hin für mich nur Thesen, theilweise recht scharfsinniger Art, keine bewiesenen Sätze. Die rein sprachlichen Charakterisirungen des Verfassers dürften sich auch bei noch eingehenderer Untersuchung im grossen und ganzen als zutreffend erweisen. Hauptsächlich aber bleibt das Buch wegen der sprachlichen Einzelbeobachtungen, die es enthält, werthvoll und verdienstlich. Ein fernerer Verdienst desselben ist es, dass es das Interesse für die Erforschung und Beobachtung des juristischen Lateins noch mehr als die vorangegangenen Schriften des Verfassers in weiteren Kreisen wachrufen wird. Deshalb können besonders die Bearbeiter des Wörterbuchs dem Verfasser zu Dank verpflichtet sein.

Möglich, dass sich einige von den Kalbschen allgemeineren Aufstellungen doch noch bestätigen lassen, wenn ein grösseres Beweismaterial vorgelegt werden kann. Als Sprachforscher muss man es ja nur wünschen, dass die Sprachbeobachtung auch in litterarischen und historischen Fragen nach Möglichkeit mitentscheiden darf. Sieht man aber auch von diesen weiteren, über das rein Sprachliche hinausgehenden Fragen ab, so sind der Sprachforschung, mehr als Selbstzweck betrachtet, noch genug Aufgaben gestellt. Die Monographien über die Sprache einzelner Juristen können sehr wohl schon jetzt mit dem vorhandenen Material, zumal nach dem Erscheinen von Lenels *Palingenesie* in Angriff genommen werden und es ist wünschenswerth, dass wenigstens Julian, Pomponius, Gaius, Scävola, Papinian, Ulpian und Paulus einzeln behandelt werden. Die weniger umfangreichen Juristen müssten zu geeigneten Gruppen zusammengefasst werden. Erst später wird man dann an eine umfassende Grammatik oder Syntax der juristischen Sprache herangehen können, woran sich eine endgiltige Sprachcharakterisirung der einzelnen Juristen am besten anschliessen würde. Zusammenfassende und erschöpfende Darstellungen der Vulgarismen, (der Archaismen) und der Gracismen werden daneben wünschenswerth und verdienstlich

sein; ebenso eine vorsichtig abwägende und massvoll sondernde Zusammenstellung der (sprachlichen) Justinianismen in den Digesten. Diese wird natürlich erst möglich sein, wenn eine genaue Untersuchung über die Sprache Justinians (mit der nach Kalbs Angabe Grupe beschäftigt ist) vorliegen wird und der Sprache des dritten und vierten Jahrhunderts noch mehr Aufmerksamkeit geschenkt sein wird als bisher.

Man sieht, in der That ein weites Arbeitsfeld, auf dem viele Arbeiter neben einander Platz haben; und je mehr sich einfinden werden, desto erfreulicher für jeden, dem die gute Sache am Herzen liegt.¹⁾

¹⁾ Während dieser Aufsatz sich bereits im Drucke befand, ist in der Krit. Vierteljahrsschrift N. F. Bd. XIV S. 161—177 eine eingehende Besprechung des Kalbschen Buches von Wölflin erschienen. W. äussert sich u. a. dahin, dass der Verfasser „an sein Buch zu hohe Anforderungen stellte“ (vgl. S. 164). Er bezweifelt mit Recht die Möglichkeit, „Lebensstellung, Charakter und Temperament jedes einzelnen Juristen bestimmen und seine Sprache als das Spiegelbild desselben darstellen“ zu können, wie es K. möchte; denn „wenn weitaus die grössere Hälfte der Sprache allgemeines Juristenlatein ist, so bleibt zu wenig Persönliches übrig, um daraus die Richtung des Charakters zu bestimmen; man läuft also Gefahr, zwischen den Zeilen lesen zu wollen, was überhaupt unlesbar ist“. W. fährt dann fort: „Wenn wir aber den Kern des Buches festhalten, so können wir der Leistung des Verfassers unsere Anerkennung nicht versagen. Er wollte die Nothwendigkeit hervorheben, neben dem Gattungscharakter der juristischen Litteratur das Individuelle der einzelnen Persönlichkeiten scharf ins Auge zu fassen, damit das in Vorbereitung begriffene Berliner Wörterbuch der classischen Rechtswissenschaft nicht versäume, aus diesem neuen Gesichtspunkte alle Consequenzen zu ziehen. Er hätte vielleicht besser gethan, das Buch noch einige Jahre ausreifen zu lassen, aber es schien ihm vernünftiger, die Anregung jetzt zu geben, als hinterdrein an dem vollendeten Werke Kritik zu üben.“ — Obwohl K. selbst in seinem Buche keine derartige Aeussderung thut, wird man doch bei den anerkannt engen Beziehungen, in denen W. zu dem ihm gewidmeten Buche gestanden (vgl. K. B. S. 116 Anm. 1), in W.s Worten mehr als die Vermuthung eines Referenten zu erblicken haben und wird als Beurtheiler des K.schen Buches zu dieser Erklärung Stellung zu nehmen berechtigt sein. — Aus dem vorausgeschickten Aufsätze geht ja zwar meine Ansicht über das Verhältniss zwischen dem Wörterbuch und einer Sprachdarstellung, wie sie K. versucht hat, deutlich hervor. Trotzdem möchte ich mich als Mitherausgeber des Wörterbuchs hier noch besonders gegen die Rechtfertigung wenden,

die W. für das verfrühte Buch K.s geltend macht. Ich vermag in der That nicht einzusehen, welchen Nutzen das Buch mit seinen unhaltbaren Aufstellungen dem Lexikographen gewähren soll. Die einzige lexikographische Forderung, die K. aufstellt, den Juristennamen auch die Bezeichnung des betr. Werkes im Lexikon hinzuzufügen, musste ich schon oben als unpraktisch und im ganzen wenig gewinnreich zurückweisen. Der Gesichtspunkt aber, das „Individuelle“ der einzelnen Juristen „ins Auge zu fassen“, ist für die Herausgeber längst kein neuer mehr. Er ist in dem Beschlusse, die Juristennamen den Citaten beizufügen, zum Ausdruck gelangt und dieser Beschluss geht dem Kalbschen Buche um Jahre voraus. Die letzten „Consequenzen“ aus diesem Gesichtspunkte hat aber nicht der Lexikograph zu ziehen, sondern der Sprachdarsteller. Nicht ein Buch wie das Kalbsche ist mithin Voraussetzung für das Lexikon, sondern umgekehrt. Weil das Buch die Richtigkeit dieses Satzes klar erwiesen, konnte ich es am Schlusse meiner Besprechung mit Dank anerkennen, dass dasselbe das Interesse für das Lexikon gesteigert haben dürfte. Hiermit würde aber auch der besondere Dank der Herausgeber des Wörterbuchs erschöpft sein.

VII.

Zwei Bemerkungen zur Publiciana.

Von

Herrn Prof. **Otto Gradenwitz**

in Berlin.

I. Non a domino sagt nach L. 1. pr. h. t. das Edict. Erman¹⁾ wirft die Frage auf, ob dominus den bonitarischen Eigener bezeichnen könne, und bejaht sie, im Gegensatz zu Pernice (s. Erman S. 261 Anm. 1, S. 262). Dem gegenüber ist zu fragen: in welcher Sprache? des Edicts oder der Juristen? Für das non a domino kommt nur das Edict in Betracht. Ueberblicken wir aber die Stellen, so ergiebt sich, dass dominus der „Herr vom Haus“ ist, keineswegs der Eigen-

¹⁾ Beiträge zur Publiciana, Bd. XI dieser Zeitschrift S. 212 ff.

thümer, — weder der quiritarische noch der bonitarische. Die Verbindungen sind:

A. Dominus, der Herr des Sklaven:

1. si servus insciente domino fecisse dicetur (D. 9, 3, 1 pr. 5, 6). (Bruns-Lenel S. 195.)
2. si is qui testamento liber esse iussus erit post mortem domini ante aditam hereditatem subripuisse aut corripuisse quid dicetur (D. 47, 4. Bruns-Lenel S. 200).
3. u. 4. (quod familia publicanorum furtum fecisse dicetur) si hi ad quos ea res pertinebit non exhibebuntur, in dominum sine noxae deditioe iudicium dabo (D. 39, 4, 12, 1, vgl. 1 pr. B.-L. S. 200. 203).
5. item si servus fecisse dicetur, in dominum iudicium noxale dabo (D. 47, 8, 4 pr., B.-L. S. 203).
6. Qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse deve eo iniussu domini quaestionem habuisse dicetur (D. 47, 10, 15, 34, B.-L. S. 204).

B. Dominus, scil. litis, wer im eigenen Namen auftritt, oder, für wen ein anderer auftritt:

1. Cognitionem ad litem suscipiendam datum, pro quo consentiente dominus iudicatum solvi exposuit (zu D. 3, 3, 8, 3 vgl. B.-L. S. 192).
2. Damni infecti suo nomine promitti, alieno satisfacere iubebo si controversia erit dominus sit necne qui cavebit, sub exceptione satisfacere iubebo.

Auch das durch Cicero p. Quinctio 27, 84 überlieferte Edict: qui ex edicto meo in possessionem venerint, eos ita videtur in possessione esse oportere dominum invitum detrudere non placet bezeichnet nicht den Eigenthümer, sondern den, auf dessen Namen das ganze Verfahren geht; von Eigenthum kann hier gar nicht die Rede sein.

Sollte im Edict D. 6, 2, 1 pr. non a domino oder a domino gestanden haben, so ist es wahrscheinlich, dass dieses Wort sich auf Sklaven bezog, und den Herrn meinte, nicht auf Sklaven und Grundstücke: um so wahrscheinlicher, als auch traditum schwerlich im Edict auf Grundstücke gehen konnte. — Man könnte in diesem Fall statt Lenels id quod mancipatur (besser: mancipio datur), das allerdings in Cicero, Topica 10, 45: finge mancipio dedisse id quod mancipio dari

non potest, einen mächtigen Anhalt hat, etwa *mancipium* vermuthen, wie ja auch die Aedilen von *mancia vendunda* und von *venditio traditioque* sprechen (D. 21, 1, 1 pr.).

II. Ait praetor: 'Qui bona fide emit'. Non igitur omnis emptio proderit, sed ea quae habet bonam fidem (Ulp. D. 6, 2, 7, 11).

Gaius IV, 36: datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit. . . . 'si quem hominem Aulus Agerius emit et is ei traditus est, . . .' Der Widerspruch ist klar: dass Gaius das *bona fide* nur weggelassen — übrigens auch bei der Beschreibung des Edicts —, ist möglich, es wird aber schwerlich jemandem recht behaglich bei dieser Annahme werden. So muss mit der anderen Möglichkeit gerechnet werden, dass das im Edict beispiellose¹⁾ *bona fide* auch hier nicht edictal ist.

Dass man die Formel nicht verschönt, wenn man *bona fide* einflückt, giebt Erman (S. 248) zu: „sachlich erscheint das *bona fide* für die gajanische Formel recht überflüssig, da schon die Usucapionsfiction den *mala fide* Käufer ausschloss“. Man muss aber weiter gehen: Der Ausdruck *bona fide*, hätte er in der Formel gestanden, würde die Usucapionsfiction überflüssig gemacht haben.

Wir sehen: 1. *hominem Aulus Agerius emit (titulus)*, 2. *et is ei traditus est (possessio)*; hätten wir nun noch 3. *bona fide(s)*, so wären ja schon in der Formel die positiven Erfordernisse des Ersitzungsbeginnes genannt worden, ehe überhaupt, durch *anno possedisset*, die Fiction eingeleitet wurde. Die ganze Fiction würde dann nur den Werth gehabt haben, furtive Sachen und Aehnliches von der Ersitzung auszuschliessen, und gerade dieser Werth wäre ein zweifelhafter gewesen.

Wenn die drei Erfordernisse einmal aufgeführt waren, so konnte der Prätor sagen: Si eum hominem quo de agitur A. Agerius bona fide emit et is ei traditus est, neque is . . . restituetur, quanti — est, condemna, und dann hatte er ganz dasselbe, was die Fiction leistet: dass er die Fiction wählte,

¹⁾ Pernice, Labeo II N. 159. 160.

nöthigt gerade zu dem Schluss, er habe die Erfordernisse der Ersitzung nicht noch ausserdem in der Formel aufgeführt: er hätte ja sonst in der That gesagt: Untersuche, ob Kläger im Ersitzungsbesitz ist, und wenn er lange genug besessen, auch ersessen hätte, — eine matte Tautologie. — Aber auch sachlich ist die Doppelformel nicht wahrscheinlich: Wer schon usurpirt hatte, wird dem Prätor nicht mitgetheilt haben, ob er qua Käufer à domino oder qua gutgläubiger Käufer ersessen und somit Eigenthümer geworden; er sagte einfach: ich bin es! Und wer noch nicht ersessen hatte, der wird einfach gesagt haben: ich bin es noch nicht! d. h., noch 100, noch 20, noch decem dies mehr, und ich wäre es gewesen: und der Prätor sagte: Von diesen 100, 20, decem dies dispensire ich dich: si . . . anno possedisset. Woher die condicio usucapiendi stammte, ob sie vorhanden war, das war gleichgiltig, das ging den Richter, den iudex an, das liegt m. E. schon in dem nondum usucaptum.

Was aber soll dann: 'Qui bona fide emit'? Das qui opfert Lenel, Palingenesia, Ulp. 569 und ihm folgt Erman S. 249; ich gebe auch noch das bona fide preis und lese: Ait praetor: 'emit et is ei traditus est'. Non [igitur del.] omnis emptio proderit, sed ea quae bonam fidem habet. In der That konnte Ulpian hier, bei dem emit, die weiteren Erfordernisse sehr wohl anbringen, indem er sagte: wenn es auch blos emit heisst, genügt doch nicht jeder Kauf, sondern nur der: α) entweder vom dominus, β) oder wenigstens bona fide vom non dominus: nur die letztere Bemerkung konnten die Compileratoren brauchen.

VII.

Nochmals über das Statut der Elfenbeinarbeiter.

Von

Herrn Prof. **Otto Gradenwitz**

in Berlin.

Die im elften Bande dieser Zeitschrift S. 72 ff. behandelte Inschrift ist in Rom nochmals verglichen worden durch Hülsen, Bormann, Gatti¹⁾. Hierbei ergab sich die Richtigkeit einiger Ergänzungen von Mommsen, und es traten auch sonst neue Buchstaben lesbar hervor. Der Bestand gestattet jetzt wieder neue Ergänzungen. Bei Hülsen heisst es folgendermassen:

Iulius] Aelianus ius scholae tetrastyli
.....] Aug. quo conveniretur a negotiantibus
] eboraris dedit.

Item] placere, ut si alius quam negotiator eborarius aut ci-
trarius [p]er
5 fr] audem curatorum in hoc collegium adlectus esset uti cura-
tores eius
cau]sa ex albo ra[d]e[r]entur ab ordine. Debebunt utique cu-
ratores de eo
que]m adlecturi fuerint, ad quinq(uennalem) referre.
§ Placere] item uti k(alendis) Ian(uariis) strenuam (denarii
quinque) ex arca n(ostra) a curatoribus n(umero quattuor)
sui cuiusq(ue)
anni m]ustacium et palma et carica et pir... osch...²⁾ Item
VIII. [Kal]. Febr.
10 natali Ha]driani Aug(usti) sportulae darentur (denarii quinque),
et a curatorib(us) praestari plac(uit)

¹⁾ Daraufhin ist sie neu herausgegeben durch Hülsen im *Bullettino dell' istituto archeologico Germanico* 1890, S. 287 ff. — ²⁾ pir[a et m]osch[okarya? „Dafür ist schwerlich Raum.“ Hülsen.

.....¹⁾] caldam passive iis, qui ad tetrastylum epulati fuerint
 Item natali] Iuli Aeliani sportulae ex arca darentur
 (denarii tres) et a cur(atoribus)
 pas]sive praestari placuit iis qui ad tetrastylum
 epulati fuerint. Item natali I]uli Flacci fili sportulae ex
 arc(a) darentur (denarii tres) et a curatorib(us)
 passiv]e praestari placuit iis qui ad tetra-¹⁵
 stylum epulati fuerint
 Item] sport(ulae) ex arc(a) darentur XIII et
 pan et vin et cald(a) passive iis
²⁾qui ad tetrastylum epulati f]uerint. Item placere ut cena³⁾
 III Idus Aug. die imperi
 Hadriani Aug] sport(ulae) dare[n]tur
 a curat(oribus) n(umero quattuor) sui cuiusq(ue) anni
 Item placere] omnibus annis
 divideretur. Item
 curatores quaterni omnibus⁴⁾] annis fierent [exal]bo per²⁰
 ordinem. Item placere
] t sui anni commoda cuncta acciperent.
 Singulis annis k quod⁵⁾ supere]sset in arca corporis, §
 curatores dividerent aequis
 portionibus aut si quid tardius] inferrent centesim. datis a
 curatorib(us) sing(ulis)
 mensibus⁵⁾] item placere uti adlect[i om]ne eod(em)
 anno praestarent
 et pariter sumpt]us⁵⁾ ab utrisq(ue) erogentur²⁵
 Item placere uti
 quisquis adlectus e]sset, inferret arcae (denarios).

¹⁾ 'Hier muss vom Wein und Brot die Rede gewesen sein; bei dem knappen Raum mag oben gestanden haben vini § I (sextarios singulos (panes a(ssium) II.' Mommsen. — ²⁾ Dies kommt in der Senkrechten auf das A von Aug., nicht, wie Bd. 11 S. 74 angenommen, auf das A von Aelianus. Hülsen a. a. O. S. 290 A. 1. — ³⁾ cena AFCII III liest Hülsen neuestens, wonach Hirschfeld, auf Marquardt, Privatleben, S. 208 und 210 verweisend, cena recta ergänzt. — ⁴⁾ Mommsen möchte hiernach auch Lanuvina II, 15: magistri cenarum ex ordine albi facti qu[o]d ordine homines qua terni ponere debebunt beibehalten. — ⁵⁾ Mommsen.

Hiernach ist: A) die Aufnahme des *alius quam negotiator* vollkommen lesbar: der Fall, um den es sich handelt, ist der einer bewusst pflichtwidrigen Aufnahme durch die *curatores*: hierdurch wird die in meinem vorigen Aufsatz bereits hervorgehobene Härte der Bestimmung einigermaßen gemildert. Freilich erscheint die Zunft dadurch auf einer gesellschaftlich noch niedrigeren Stufe, dass das Statut einen solchen Fall ins Auge fasst: heute stehen Strafbestimmungen für ungetreue Aufsichtsräthe wohl im Strafgesetzbuch; aber die Statuten der Gesellschaft schweigen darüber¹⁾. Ab ordine heisst nach Mommsen wohl nicht „durch den *ordo*“, sondern eher „vom *ordo* weg“, so dass sie ihm nicht mehr angehören; „wobei man sich erinnern muss, dass bei den Collegien der *ordo* nicht den Vorstand, sondern die Bürgerschaft selbst bezeichnet“.

B) Im übrigen ist die Stellung der *curatores* klarer geworden:

1. Dass es Jahresbeamte sind, ist jetzt unzweifelhaft; vgl. Z. 18: *a curat. n. IIII sui cuiusq. anni* und Z. 8, 9 *a curatoribus n. IIII sui cuiusq.*²⁾.

2. Es sind ihrer vier (Z. 8, Z. 18, eventuell Z. 20), die gerade in den Sportelbestimmungen — nicht so in der Strafandrohung — als vier bezeichnet werden³⁾. Ist Zeile 20 *quaterni* zu lesen, so ist immer noch möglich, dass dies nur ein Minimum war. Warum gerade vier, ist aus dem Statut nicht ersichtlich.

3. Wichtiger erscheint, dass die Curatoren, die Jahresbeamten, immer sammt und sonders genannt werden. Sowohl da, wo ihre positiven Pflichten hingestellt werden: Sporteln

¹⁾ Zu vergleichen wäre die Bestimmung der *Lanuvina* II, 25 ff. —

²⁾ *Lanuvina* *magister* II, 8 *ex ordine albi* 15 *ex ordine albi facti*. —

³⁾ Die Vierzahl wird erwähnt am Neujahrstag und bei dem Fest zu Ehren der Thronbesteigung; sie fehlt nicht bloss bei den Tagen der Patrone, sondern auch bei Kaisers Geburtstag; bei diesem letzteren ist sogar noch sicherer zu sagen, dass sie nicht erwähnt wurde; bei den Patronstagen kann sie in dem fehlenden Theil gestanden haben. — Vgl. *donavitque HS L mil(ia) n(ummum) hominibus n(umero) LX und sportulas hominib(us) n(umero) LX . . . dividerent* im *Collegium Aesculapii et Hygiae* Z. 4 und 14. Auch *Lanuvina* II, 16.

aus der Kasse zu zahlen, die Kasse unter die Mitglieder am Jahresschluss auszuschütten, sind sie alle zusammen erwähnt, als da, wo die Verzugszinsen für den Fall der Säumigkeit angedroht werden, und selbst da, wo positive Pflichtwidrigkeit geahndet werden soll (Z. 5). Das Collegium der Zunft hält sich an das Collegium der Jahresbeamten. Man wird wohl anzunehmen haben, dass innerhalb der Behörde jedem mindestens ein Intercessionsrecht zustand: sonst wäre die Gesamtverantwortlichkeit unpassend.

4. Z. 21 besagt, dass gewisse Personen *sui anni commoda cuncta acciperent*. Die *Lanuvina* II, 17 ff. setzt für die *quinquennales* gewisse Bezüge und Immunitäten fest. Auch erwähnt sie (I l. penult.) *commoda: deductis commodis et exequiario*. Es scheint natürlich, unsere Zeile dahin zu ergänzen, dass, nachdem gesagt ist: *ut curatores . . fierent*, nunmehr folgte: *qui curatores facti erunt, ut sui anni commoda cuncta acciperent*. Es verweist dann diese Bestimmung zurück auf detaillirte Verfügungen des verloren gegangenen Theils der Inschrift; eigenthümlich ist es ja auch, dass in unserem Schlusstheil noch einmal eine so einfache und primitive Anordnung vorkommt, wie die, dass jährlich vier *curatores* gewählt werden sollen.

5. Die folgenden Zeilen geben nach Mommsens Ergänzung den *curatores* die Pflicht, die Ueberschüsse des Jahres unter die Mitglieder zu gleichen Theilen zu vergeben, und setzen die auch bei säumigen Vormündern üblichen höchsten Zinsen von 12% für Verspätung in der Ablieferung an die Kasse fest. —

Ueberblicken wir danach die Bestimmungen über die *curatores*, so ergibt sich, dass sie die Befugnisse des Kassenbeamten mit denen des adlegierenden Beamten und des Festordners vereinen. Ueber ihnen steht ein Vorstand für das *lustrum* (aus einer Person oder mehreren bestehend), der für sie Control- und Disciplinarianstanz gewesen zu sein scheint, übrigens in unserer Inschrift nicht mehr als einmal erwähnt wird. — Ob sie die Ausrüstung des Mahles, die im Statut erwähnten Spenden — abgesehen von den *ex arca* zu leistenden Sporteln —, aus eigenen Mitteln zu „prästiren“ hatten, ist nicht recht ersichtlich.

Herr Professor Mommsen fasst die Beamtenordnung folgendermassen:

„In dieser Gilde gab es also einen Vorstand, den oder die Quinquennalen, und übernahmen jedes Jahr vier Mitglieder die Ausrichtung der Gildenfeste und die damit zusammenhängende Kassenführung; bei der Aufnahme neuer Mitglieder hatte sie, wie es scheint, die Initiative, aber die letzte Entscheidung der Vorstand. Diese Ordnung ist wahrscheinlich in weitem Umfang bei den Genossenschaften zur Anwendung gekommen. In dem lanuvinischen Statut wird in der Stelle II, 14: *magistri cenarum ex ordine albi facti quo ordine homines quaterni ponere debeb[unt]* wohl nicht, wie ich früher meinte, *quaternos* zu verstehen sein, sondern das Object *triclinium* hinzuzudenken sein; die Einrichtung ist deutlich die gleiche. In den Fasten von Sklavencollegien C. I. L. XI, 6637, 6638 finden wir ähnlich von Jahr zu Jahr meistens vier, zuweilen auch sechs Namen verzeichnet, deren Benennung nicht angegeben wird; stets vier Namen erscheinen also in dem Sklavenkollegium von Luni C. XI, 1356. Dieser Gegensatz des Vorstandes und der unter den Mitgliedern umgehenden Festleitung hat sich schwerlich terminologisch fixiert, sondern es scheint die Benennung *curatores* und *magistri* den Festleitern gleichmässig zugekommen zu sein. Weitere eingehende Behandlung würde zu weit führen.“

C) Am Schluss der Inschrift folgt ZZ. 24. 25 zunächst eine Bestimmung über die neu Eintretenden. Die letzte Zeile (26) lautete wohl: *quisquis adlectus e]sset, inferret arcae . . .*; was aber die beiden vorhergehenden besagten, ist dunkel. Kann man die Worte in dem mittelmässig stilisirten Statut urgiren, so würde *praestare* auf eine Spende an die Mitglieder zu deuten sein, ähnlich wie *a curatoribus passive praestari*, während *dare* für das aus der Kasse genommene und bloß weitergegebene, *inferre* für die Leistung an die Kasse gebraucht wird. Es könnte dann ebensowohl eine Spende, welche die *curatores* den *adlecti* ihres Jahres zu machen haben, gemeint sein, etwa dass sie ihnen nicht soviel zu geben haben wie den anderen (wofür *Lex collegii Aesculapii* Z. 5 eine, allerdings entfernte, Analogie böte) — wie andererseits eine Prästation, wodurch sich die neuen Mitglieder bei den alten vor-

theilhaft einzuführen hätten, etwa indem sie sich mit den *curatores* an der Herrichtung der Feste zu betheiligen hätten: wo denn das *ab utrisque erogatur* seine Erklärung fände. Etwa *adlecti . . . eod. anno praestarent* [quod *curatores*) ita ut pariter sumpt]us könnte dann gelesen werden, mit Benutzung der im Text gegebenen Vermuthung Mommsens, der vielmehr eine dritte Vertheilungsart annimmt: „sie sollen für das Jahr des Eintritts voll zahlen, auch wenn der Eintritt im Laufe desselben erfolgt und beide, alte Mitglieder und *adlecti*, die Lasten gleichmässig tragen.“

D) Vergleichen wir den Gang des Statuts mit dem des vollständig erhaltenen Lanuvinischen, so tritt die Aehnlichkeit hervor, dass der *ordo cenarum* mit den Pflichten der Festordner in der Mitte steht, während vorher und nachher eigentlich juristische Anordnungen Platz gefunden haben. Bei unserem Statut fehlt die Zwecksatzung, die bei der Lanuvina als Begräbnissordnung voranstand: sie ist auch hier im Anfangsstein verzeichnet gewesen. Eigenthümlich ist, dass die Strafbestimmung, die unsere Tafel eröffnet, gerade so unmittelbar vor dem *Ordo cenarum* steht, wie in der Lanuvina eine ähnliche (II, 8 ff.). — Was nach dem *Ordo cenarum* folgt, ist in beiden Statuten, namentlich allerdings in der Lanuvina, etwas zusammengewürfelt und macht den Eindruck, als seien Novellen zu dem ursprünglichen Statut gemacht worden. Wer würde z. B. die Verfügung, dass jährlich vier *curatores* zu schaffen sind, am Schluss des Statuts erwarten, nachdem schon längst über diese Beamten gehandelt war? Oder wer würde die anspruchslos-gemüthlichen Ordnungsmassregeln der Lanuvina II, 23—28 zwischen dem Abschnitt über die Dotirung der *quinquennales* und dem über die Pflichten dieser Beamten vermuthet haben?

E) Endlich sei noch folgende Bemerkung angeknüpft. Die *arca* wird wiederholt als *arca nostra* bezeichnet (Z. 8; *Lex collegi Aesculapi* Z. 22). Unzweifelhaft waren die fraglichen *collegia* juristische Personen: der Ausdruck *nostra* weist auf die alte Anschauung hin, die auch in der technischen Bezeichnung *municipes* zum Ausdruck kommt, und in der juristischen Person nicht die Einheit, sondern die Vielheit erblickt.

Für die *municipes* ist sie anerkanntermassen im Hadrianischen Edict niedergelegt (Lenel, Ed. S. 80. 81; bei Bruns, fontes ⁵ S. 192 Nr. 6. 8: *quibus municipum nomine agere liceat. quod adversus municipales agatur*). Die Statuten aus der Hadrianischen Zeit (*collegium Aesculapii* etwas später: 153 p. Chr.) zeigen sie auch für die *universitates* lebendig. In der That wird man D. 3, 4 *quod cuiuscumque universitatis nomine vel contra eam agatur* nicht für eine Edictalrubrik halten dürfen: D. 3, 4, 1 zeigt, dass diese dem *arca nostra* mehr conform gehalten war: der verdorbene Anfang des pr.: *Neque societas neque collegium neque corpus passim omnibus habere conceditur* scheint bei Gaius darauf hinausgekommen zu sein, dass *neque sociis neque collegis es passim erlaubt* war: *corpus habere*; denn *concessa sunt corpora — sociis permissum est corpus habere — collegia . . . quorum corpus . . . confirmatum est*, drängen sich in dieser Ausführung. Wenn nun der § 1 fortfährt: *quibus autem permissum est corpus habere . . .*, und § 2: *quod si nemo eos defendat, quod eorum commune erit, possideri et . . . venire se iussurum proconsul ait*, so dürften namentlich die letzteren, offenbar (auch nach Lenel, Ed. S. 83) edictalen Worte eine Pluralität im Edict voraussetzen, — während es den Compilatoren zuzutrauen ist, dass sie an den Plural von *universitas* dachten¹⁾.

Wer aber die waren, die man vertheidigen sollte, ist aus den citirten Stellen wohl herauszulesen: es sind die, denen zur *universitas* zusammenzutreten erlaubt ist. Schon die Erläuterungen, betreffend die Erlaubniss, zur juristischen Person zusammenzutreten, sind Commentar zum Edict: *permissum est* ist ein edictales Wort, z. B. *interdictum de castello* D. 43, 20, 1, 38: *quo ex castello illi aquam ducere . . . permissum est*; auch *interdictum fraudatorium* D. 42, 8, 10 pr.: *in factum actionem* (eingesetzt für irgendwelche Interdictsformeln) *permittam* und *interdictum uti possidetis* D. 43, 17, 1 pr.: *neque pluris quam quanti res erit . . . agere* (Lenel: *sponsionem restipulationemque facere*) *permittam*.

¹⁾ Vgl. die Verwechslungen mit *eam* bei *fiducia* und *pignus* D. 13, 7, 8, 3 und 35.

Dass die universitas im Edict mit corpus¹⁾ bezeichnet war, ist nach Gaius l. c. kaum zu bezweifeln. Das Edict wird also gelautet haben: Quibus permissum est corpus habere . . . , quod eorum nomine agatur. —

Nachtrag.

Im Begriff, dies abzusenden, erhalte ich Kenntniss von de Ceulemer, de la signification des mots Negotiator Citriarius (Extrait des Bulletins de l'Académie royale de Belgique, 3 série, tome XXI, n° 2; 1891). Diese Abhandlung gelangt, unter Zurückweisung der abwegigen Auffassung, citriarius sei Citronenhändler, zu der richtigen Uebersetzung: Kunsttischler, ébéniste. Da sie aber noch auf Borsaris corarii fusst, so muss sie, methodisch correct, mit den Worten schliessen: nous estimons donc que dans l'état actuel de nos connaissances sur l'art industriel des anciens, il nous est impossible de donner la raison d'être de cette union entre les citriarii et les corarii. De nouvelles études pourront peut-être éclaircir ce point dans la suite.

Hülsens Lesung: eborarii hat das Nichtvorhandensein dieser Verbindung und die Erklärung der wirklich bestehenden Verbindung ergeben.

¹⁾ Pernice, Labeo I, 289: „Der gesetzliche Kunstaussdruck für diese Art der sog. juristischen Personen ist corpus.“

Miscellen.

Constitutiones corporis munimenta. Die beiden Bildwerke, welche auf S. 147 und 148 nach guten, von den Herren Petersen und Hülsen vom römischen Institut freundlich mitgetheilten Lichtbildern wiedergegeben werden, sind beide stadtrömischen Fundes. Die Statue, einen älteren Mann in der Toga darstellend, jetzt im Palazzo Poli, ist schon von Spon (misc. erud. antiq. 1685 p. 216) *ex schedis Bagarrianis* abgebildet und neuerdings in den antiken Bildwerken Roms von Matz und von Duhn Bd. 1 S. 365 Nr. 1263 beschrieben, aber wenig beachtet worden. Das zweite noch nicht veröffentlichte Fragment hat sich im Jahre 1890 bei Aufräumarbeiten unweit S. Salvatore in Onda am Ponte Sisto gefunden und befindet sich jetzt in dem neu in den Diocletiansthermen eingerichteten Museum. Beide Bildwerke stellen, das erste neben der Statue, das zweite für sich allein das *scrinium* dar, das auch sonst nicht selten auf antiken Denkmälern erscheint (vgl. Marquardt im Handbuch 7, 678), zum Beispiel auf dem Grabstein eines *scriniarius* (C. I. L. VI, 9885; abgebildet in dem Berliner Pighius-Codex f. 151. 158', so wie bei Spon a. a. O), wo dasselbe die Aufschrift trägt SCRIN. V. Von einem solchen *Scrinium* selbst, dem Schriftkasten der in dem Vierkaiserjahr bei Cremona zu Grunde gegangenen 4. macedonischen Legion, haben sich vor einigen Jahren Reste des Beschlags auf dem Schlachtfelde gefunden¹⁾. Es ist das *Scrinium* ein runder, oben mit Deckel versehener Kasten, in welchem, wo dieser aufgeschlagen ist, die Schriftrollen neben einander stehen. 'Das neu gefundene *Scrinium*', schreibt mir Hülsen, 'hat sicher nicht frei gestanden, sondern neben einer Figur wie dasjenige in Palazzo Poli. Es hat ungefähr 1 Meter Höhe einschliesslich der Rollen, etwa 40 Centimeter im Durchmesser; die Schriftrollen haben im Durchmesser m. 0,05, die Buchstaben die Höhe von m. 0,015. Es sind auf dem Deckel einige Rollen mit zwei schmalen Schnüren festgebunden; regulär war dies wohl nicht, sondern ist nur geschehen, um den Inhalt des Kastens anzudeuten, etwa wie wenn man auf einer geschlossenen Actenmappe noch

¹⁾ Abgebildet von Barnabei in den römischen *Notizie degli scavi* 1887 p. 209, erläutert von mir im Correspondenzblatt der Westdeutschen Zeitung 1888 S. 56.





Actenhefte anbrächte, um sie damit zu charakterisiren. Das breite Tragband ist auf beiden Exemplaren sichtbar, ebenso das Schloss. Zu dem Schlüsselloch desselben geht vom Deckel herab ein lederner oder metallener Streifen, der mit einer Krampe in dasselbe eingreift wie bei dem modernen Koffer.' Für Juristen, das heisst für solche, die sich um das römische Corporationswesen kümmern, von Interesse sind die auf den Scrinien der beiden oben angeführten Denkmäler befindlichen gleichlautenden Inschriften:

neben der Statue:

CONS

TITUTI

ONES

CO RP ORIS

MVNI MENTA

allein:

c o n s

T I T u t

I O N E

S

CO RP MVNIMENTA

Diese beiden Scrinien also haben für stadtrömische Corporationen gedient und sind zunächst als Privilegienlade betrachtet worden. Den lebendigen Commentar dazu geben die bei S. Pietro ad vincula gefundenen Archivstücke der römischen *σύνοδος ξυστική τῶν περὶ τὸν Ἡρακλία ἀθλητῶν*, welche kürzlich in der schönen Kaibelschen Sammlung der griechischen Schriften Italiens und Siciliens zusammengestellt worden sind¹⁾: dieser Gesellschaft bewilligt Kaiser Hadrian ein *οἶκημα ὡς τὰ γράμματα ἀποτίθεσθαι τὰ κοινὰ* und Kaiser Pius wiederholt dies bald darauf: *ἐκέλευσα ὑμῶν ἀποδειχθῆναι χωρίον, ἐν ᾧ καὶ τὰ ἱερὰ καταθήσθε καὶ τὰ γράμματα*. Dieses Collegienlocal, in welchem unter anderem die Kaiserbriefe an das Collegium in Stein gegraben aufgestellt wurden, vertritt bei dieser angesehenen Körperschaft das Scrinium, mit dem sich diejenigen geringeren Collegien, welchen die oben aufgeführten Inschriften angehörten, zu begnügen hatten.

Th. Mommsen.

Zur Kritik des Codex Iustinianus. In Hieropolis Kastabala, jetzt Budrum, einem Städtchen der Provinz Kilikien ist kürzlich die Ehrenbasis eines Statthalters — *leg(atus) Aug(usti) pr(o) pr(actore) pro[vinciae] Ciliciae* — zum Vorschein gekommen, dessen Namen auf dem an den Zeilenanfängen verstümmelten Stein also lauten: ... *cius T. f. Cl. Dexter Augus[tanus Alpin]us Bellicius Sollers Metilius us Rutilianus*. Hr. Hicks, der diese Inschrift in dem *Journal of hellenic studies* Bd. 11 (1890) S. 251 bekannt gemacht und einen Theil der fehlenden Namen mit Hülfe der sechsunddreissig des als *Tiburtinus polyonymus* bekannten Consuls vom Jahre 169 zutreffend ergänzt hat, bemerkt dazu, dass Antoninus Pius (138—161) an einen *Rutilianus legatus Ciliciae* rescribirt habe, wobei er sich auf Liebenam (Forschungen zur Verwaltungsgeschichte des römischen Kaiserreichs Bd. 1 S. 416) beruft. Dabei aber ist er durch einen zweifachen Schnitzer des Liebenamschen Verzeichnisses irre geführt worden. Das Rescript, um das es sich hier handelt, cod. Iust. 9, 43, 1, trägt die Subscription *VIII k. Mai. Laeto II et Ceriale cos.*, ist also vom Jahre 215 und nicht von Pius, sondern von Caracalla erlassen, und die Adresse lautet bei Krüger *Rutiliano consulari Lyciae*. Liebenam hat die Datirung übersehen und die Adresse nach einer älteren Ausgabe angegeben.

Die Identification der beiden Personen wird hiedurch in Frage gestellt; und es kann gegen dieselbe weiter geltend gemacht werden, dass die im übrigen chronologisch fester Indicien entbehrende Inschrift in einem ihr angehängten griechischen Epigramme den Statthalter

¹⁾ Nr. 1054. 1055. 1102—1110. Dies wird auch die in dem Epigramm 978a genannte *Ἀδριανὴ σύνοδος* sein, nicht die *θυμειλική σύνοδος*, der Kaibel dasselbe beilegt; ob eine solche in Rom bestanden hat, ist mir zweifelhaft.

Dexter nennt, also dies der Hauptname gewesen zu sein scheint. Andererseits aber macht die Bezeichnung des lykischen Statthalters als *consularis* Schwierigkeit, während sie bei einem Statthalter von Kilikien begreiflich ist. Ohne Zweifel ist sie nicht ursprünglich; denn die offizielle Titulatur, welche in dieser Adresse gestanden haben muss, kennt in dieser Epoche die Bezeichnung *consularis* nicht; wenn aber auch erst die Redacteurs der Constitutionensammlungen sie eingesetzt haben, passt sie sachlich wohl für den kilikischen, nicht aber für den niedriger stehenden lykischen Statthalter. Auf alle Fälle wird man Urasche haben die Inscription der Verordnung auf die handschriftliche Grundlage hin zu untersuchen.

Die ältere verkürzte Handschriftenklasse (Pariser Handschrift 4516; in der Pistojeser fehlt das 9. Buch ebenso wie in der Summa Perusina) sowie die beste der von Krüger benutzten vollständigen Handschriften, die von Monte Casino lesen an dieser Stelle *consulari provinciae*, was unmöglich ist; *consulari Lyciae* hat Krüger der guten Berliner entnommen; *consulari Ciliciae* liest Haloander und ist aus seinem Druck in die späteren übergegangen. Es fragt sich also, woher Haloander diese Lesung genommen hat. Ich finde darauf keine andere Antwort, als dass sie aus der notorisch besten aller für unseren Text benutzten Handschriften herrühren muss, aus dem Egnatianus.

Krügers Ausführung (Kritik des justin. Codex S. 79 sq.) über Haloanders Verhalten zu den Inscriptionen dieser Handschrift scheint mir einer Nachprüfung zu bedürfen. Ich habe diese nur für einige Abschnitte angestellt, glaube aber meine Ergebnisse in dem Sinne vorlegen zu dürfen, dass sie zu weiterer Untersuchung des Gesamtverhalts anregen sollen. In den ersten vier Titeln des 7. Buches, für welche der Egnatianus versagt, begegnen in Haloanders Text gegenüber seiner Vorlage, der Nürnberger Ausgabe von 1475, die folgenden wesentlicheren Abweichungen.

Nürnberger Ausgabe:	Haloander:	Krügers Handschriften:
7, 1, 3 Atomitae	Attonitae	Attiae
7, 2, 4 Anchilao	Archelao	Anchilao
5 Quintiniano	Quintiliano	Quintiano, Quintino
8 Cemellio	Tremellio	Gemello
7, 4, 4 Adriano	Hadriano	Arriano, Hadriano
9 <i>fehlt</i>	Mercuriali	Mercuriali
10 Daphni	Daphnidi	Dafno, Dafino
12 Hyreno	Hyrenio	Irenaeo

Also hat Haloander zwar sich hier nicht ausschliesslich an seine Vorlage gehalten, da er einen in dieser ausgefallenen Adressaten auführt; aber diese Ergänzung braucht nicht einmal einer Handschrift entnommen zu sein, da sie, wie manche ähnliche, bereits in älteren Ausgaben, zum Beispiel in den beiden Lyoner von 1514 (bei Franz Fradin und bei Jacob Sacon) sich findet. Im übrigen springt es in die Augen, dass er die in der Vorlage gegebenen Namen mit geringen und regelmässig fehlgehenden conjecturalen Correcturen einfach wiedergibt.

— Dagegen für 9, 1—44, wo der Egnatianus ihm vorlag, ist das Verhältniss ein völlig verschiedenes. Es wird genügen durch einige ausgewählte Belege zu erweisen, dass Haloander hier eine gute Handschrift benutzt hat.

Nürnberger Ausgabe:	Haloander:	Krügers Handschriften:
9, 1, 1 Silo	Sylvano	Silvano, Salviano
2 Iul'	Ingenuo	=
9 Severo	Severiae	Severiano
10 Maccha	Buccatrahio	Mucrataulo, Muca- trabio
11 Saturnino	Saturnino et aliis	Saturnino
16 Carr.	Callutico	Callitico
9, 2, 3 Saturni	Stephanidi	=
5 Paulo	Paulino	=
6 Arbidiano	Avidiano	=
9, 5, 1 Palio pp.	Basilio pp.	=
9, 8, 2 Fausto	Faustiniano	Faustiniano, Faustino
9, 9, 1 Asie	Cassiae	=
4 Iul. procura. Carb.	Iuliano procons. Nar- bonensi, provinciae	Iuliano procons. Nar- bonensium
5 Audenti	Vadanti	=
9, 9, 8 Felici	Domno	=
12 Narbono	Narvano	Norbano
13 Ioh.	Theodora	Theod.
20 Dionysio	Didimo	Didymo
22 Obrimo	Oblimoni	Obrimosi, Obrimo
9, 12, 1 Pelio	Pelitia	Peliciae, Peliae
9, 18, 2 Treberio	Tyberio	Tiberio
9, 20, 11 Praeliatae	Marpiatae	Amplatae, Ampliatae
9, 23, 2 Antiocho	Atticio	=
5 Gallo militi	Gallieno militi	Gallicano militi
9, 33, 2 fehlt	Longino	=
3 fehlt	Euelpisto	=
4 fehlt	Attalo	=
9, 34, 4 Eutropio	Euprepio	Euprepeti, Eutrepeti, Eutropio
9, 35, 2 Claud.	Clavo	Claro <i>Bert.</i> , Davo <i>sonst</i>
9, 43, 1 Iul. consuli	Rutiliano consulari Ciliciae	Rutiliano consulari Lyciae <i>oder</i> pro- vinciae
9, 44, 1 Desidio vict.	Desiderio vicario Asiae	Desiderio vicario

Die von Haloander hier augenscheinlich benutzte Handschrift kann keine andere gewesen sein als dieselbe, der er zahlreiche in den unseren fehlende Subscriptionen entnahm; und wenn Haloanders Inscriptio-

tionen in den meisten Fällen gegen die seiner Vorlage mit denen der Krügerschen Handschriften übereinstimmen, so ist dies einfach daraus zu erklären, dass in den letzteren die Zerrüttung der Inscriptionen nicht so weit fortgeschritten ist wie die der Subscriptionen. — Aber ersichtlich ist auch in den Inscriptionen nicht selten die Lesung des Egnatianus die bessere: *et aliis* 9, 1, 11 — *Asiae* 9, 44, 1 sind sicher echte Zusätze, der letztere um so bemerkenswerther, als er im Theodosischen Codex 9, 56, 1 sich nicht vorfindet; bei den in beiden Sammlungen vorliegenden Erlassen hat also Haloander die Inscriptionen nicht ausschliesslich nach der theodosischen gestaltet. Krüger erwähnt diesen Zusatz gar nicht; bei Hänel wird er angeführt, aber ohne dass man aus seiner Anmerkung ersieht, woher er stammt. Ich kann es nur als einen Mangel der sonst so verdienstvollen Krügerschen Bearbeitung des Codex bezeichnen, dass die Haloanderschen Inscriptionen darin vermisst werden; wenn auch nicht häufig, sind dieselben doch gelegentlich brauchbar und es wäre wohl zu wünschen, dass dem Defect abgeholfen wird. Eingelegt in den übrigen Apparat sind die Inscriptionen überhaupt unbequem zu benutzen und man begreift es wohl, dass der Herausgeber sich nicht gern dazu verstand mit dieser Variantenmasse den Apparat noch weiter zu beschweren. Allein es würde sich empfehlen sowohl die Haloandrischen Inscriptionen nebst den davon untrennbaren der Princeps wie auch die der Krügerschen Handschriften in einem besonderen Anhang zusammenzustellen.

Also ist der Rutilianus der Inschrift aller Wahrscheinlichkeit nach doch der in Hieropolis geehrte Legat. Die Moral aber dieses kleinen Vorgangs ist, dass unter Umständen zweckmässiger eine unkritische Ausgabe benutzt wird als eine kritische; womit indess dies Verfahren keineswegs zur Nachahmung empfohlen werden soll.

Zu der Rechtsstellung der athenischen Professoren in der römischen Kaiserzeit. Ein kürzlich in Athen aufgefundenes und in der athenischen Ephemeris 1890 S. 143 von Herrn Kumanudes bekannt gemachtes Document verdient auch die Beachtung der Juristen. Anfang und Schluss fehlt; was vorliegt, sind Actenstücke, betreffend einen athenischen Scholarchen aus hadrianischer Zeit, den Popillius Theotimus, die etwa in dem Schullocal der Epikureer oder auch auf seinem Grabmal aufgestellt gewesen sein mögen. Von dem ersten Schreiben, vielleicht von der Wittwe des Kaisers Traian, der Plotina Augusta, an den Professor gerichtet, ist nur das Jahrdatum 121 n. Chr. erhalten. Wahrscheinlich Beilagen dazu sind Auszüge aus einem Briefe der Plotina an den regierenden Kaiser Hadrian und aus dessen Antwort, welche hier wiederholt werden.

A Plotina Augusta.

[Quod studium meum] erga sectam Epicuri sit, optime scis, d[om]ine.
 * Huius successioni a te succurrendum
 [est, nam quia n]on licet nisi ex civibus Romanis adsumi dia-
 d[oc]h[um], in angustum redi[g]itur eligendi
 5 [ius. Ro]go nomine Popilli Theotimi, qui est modo diado[c]hus
 Athenis, ut illi permittatur a te et Graece
 [t]estari circa hanc partem iudiciorum suorum, quae a[d] diadoches
 ordinationem pertinet, et peregrei-
 nae condicionis posse sub[s]tituere sibi successorem, s[i] i]ta sua-
 serit profectus personae, et quod Theotimo
 concesseris, ut eodem iure et deinceps utantur fut[uri] diadochi
 sectae Epicuri, eo magis, quod opservatur,
 quotiens erratum est a testatore circa electionem [di]adochi, ut com-
 muni consilio substituatur a studio-
 10 sis eiusdem sec[t]ae qui optimus erit. Quod facilius fiet, si e[x] com-
 pluribus eligatur.

Imp. Caesar Traianus Hadrianus Aug. Popillio Theotimo permitto
 Graece testari de eis quae pertinent ad diado-
 chen sectae Epicureae. Set cum et facilius successorem e[l]lecturus
 sit, si ex peregrinis quoque substituendi facul-
 tatem abuerit, hoc etiam praesto, e[t] deinceps ceteris, qu[i] dia-
 dochen habuerint, licebit, vel impe[re]greinum vel
 in civem Romanum ius hoc transferri.

Das vierte Schreiben, in griechischer Sprache von der Kaiserin Plotina 'an alle Freunde' (πᾶσι τοῖς φίλοις) gerichtet, spricht ihre Freude über die von ihrem 'guten Sohn' (ἀγαθὸν τέκνον) erlangten Bewilligungen aus und fordert die Freunde auf, sich derselben werth zu erweisen und nicht nach Freundschaft, sondern nach Würdigkeit die Stelle zu besetzen.

Dass für das Kaiserhaus die Adoption auch auf die Mutter sich erstrecken kann, wird hier durch einen weiteren Beleg bestätigt (Staatsrecht 2¹, 1137); und was für Legate Ulpian 25, 9 bemerkt, dass sie nicht in griechischer Sprache gegeben werden dürfen und danach auch vom Testament längst feststand, wird hier nun für diese ausdrücklich ausgesprochen. Aber wirklich neues Licht erhält durch diese Urkunde die Stellung der athenischen Scholarchen, nicht der erst seit Marcus bestehenden und vom römischen Staat besoldeten Professoren, sondern der älteren aus Stiftungen hervorgegangenen Häupter der vier athenischen Philosophenschulen, der technisch sogenannten Diadochen. Dass diese Stellen theils durch testamentarische Bestimmung des Vorgängers, theils durch Wahl der Studenten besetzt wurden, ist auch sonst bezeugt; dass aber die letzteren sogar befugt waren den unfähigen Professor abzusetzen und ihm einen Nachfolger zu geben, erfahren wir erst jetzt. Wer diese Verhältnisse näher kennen lernen will, kann auf

die Abhandlung von C. G. Zumpt (über den Bestand der Schulen in Athen und die Succession der Scholarchen in den Abhandlungen der Berliner Akademie vom Jahre 1843) und auf Diels Besprechung unserer Inschrift (in Steins Archiv für Geschichte der Philosophie Bd. 4 S. 478 f.) verwiesen werden. — Wichtiger vielleicht noch und völlig neu ist es, dass dieses Scholarchat und ohne Zweifel auch die der übrigen drei Philosophensekten nur an römische Bürger vergeben werden durfte. Wir sehen daraus, dass das römische Regiment, um die Suprematie über Hellas zu behaupten, auch dazu mit gegriffen hat zu den wissenschaftlich bedeutendsten Stellungen nur solche Griechen zuzulassen, welche ihrer politischen Stellung nach Römer geworden waren; wobei man sich daran zu erinnern hat, dass Kaiser Claudius den zum römischen Bürgerrecht gelangten Griechen dieses entzog, wenn sie der lateinischen Sprache nicht mächtig waren. Diese Einrichtung gehört sicher nicht erst der mittleren Kaiserzeit an, in welcher der hier doch noch obwaltende Gegensatz der Nationalitäten sich bereits im wesentlichen verschliffen hatte. Es erinnert dies vielmehr an die in Aegypten von Augustus getroffenen Ordnungen, wonach dort alle Ober- und Mittelbeamten nur mit römischen Bürgern besetzt werden durften und nur die Localbehörden den Einheimischen verblieben. Es ist sehr wahrscheinlich, dass zu jener Kategorie auch der Vorstand (ἐπιστάτης) des Museion gehört hat, da der einzige derartige Beamte aus der Kaiserzeit, den wir kennen (C. I. Gr. 5900), ebenfalls römischer Bürger war. Was den vier athenischen Scholarchen recht, war dem Präsidenten der alexandrinischen Akademie ebenfalls billig.

Th. Mommsen.

Allem Anschein nach kehrt das merkwürdige Formular für ein Testament mit Codicillarclausel, welches v. Schulte, Wien. Sitz.-Ber. LVII, 203, aus der Kanonensammlung des Cod. VIII H. 7 der Universitätsbibliothek zu Prag (Cap. 256) veröffentlicht hat, in Cod. Chig. E, VII, 218 (vgl. Pescatore, Beitr. z. mittelalt. Rechtsg. 2, 93 und 94) wieder. Nur sind die Personennamen andere.

Boecking, Brachyl. p. 197, will in seiner Ausgabe von Glossen des Brachyl. die spärlichen Glossen des Cod. Vindob. vollständig herausgeben. In Wahrheit sind die Glossen des Cod. Vindob. nicht spärlich (gegen 200 an der Zahl) und nur zu einem verschwindenden Theile bei Boecking abgedruckt. Sie sind zu einem Theil identisch mit den der ed. Senneton und dem Cod. Vatic. Reg. gemeinsamen Glossen, zu einem Theil mit den kurzen Glossen des Cod. Vatic. Reg.: viele

Glossen sind indess dem Cod. Vindob. eigenthümlich. Aufschlüsse über die Entstehungsverhältnisse des Rechtsbuchs gewähren die Glossen m. E. nicht.

Zu den Belegen einer Benutzung der Perusiner Codexsumme (vgl. Gesch. d. Quell. u. Litt. d. röm. Rechts I, 55—57. 187) tritt hinzu, dass der Appendix der Epitome Iuliani im Cod. Vercell. zwei Texte derselben enthält (5, 71, 1 u. 4). Sie sind neuestens abgedruckt in der Vorrede zur ed. Mommsen der Lex Dei (Coll. Libr. Iur. Antei. III, 116).

Eine alte Ueberlieferung von Institutionentext, nämlich 3, 6 pr. — 9, mit einem Schluss aus Isidor, enthält Cod. Bodlei. 893 in Folio S. XI fol. 154. 155 (vgl. Maassen, Wien. Sitz.-Ber. 56, 185).

Die in nahen Beziehungen stehenden vier Urkunden, die beiden Recensionen des Privilegs Leo VIII. für Otto I. vom Jahre 964 (vgl. die erste bei Floss, Papstwahl unter den Ottonen S. 147 ff., die zweite MG LL II 2, 167), die Schenkungsurkunde Leo VIII. an Otto I. (vgl. MG. LL II, 2, 168) und das Decret Hadrian I. (vgl. bei Kunstmann, Tüb. Theol. Quartalschrift 1838, 337 ff.) sind unter Benutzung von Texten der römischen Rechtsquellen (Institutionen) verfasst. Es sind sämtlich Fälschungen des 11. Jahrhunderts.

Dr. Max Conrat (Cohn).

Litteratur.

Pietro Bonfante, *Res Mancipi e nec Mancipi*. 2 Theile.
Rom 1888, 89. 362 Seiten.

V. stellt sich in diesem, Vittorio Scialoja zugeeigneten Werke die Aufgabe, Bedeutung und Grund der Unterscheidung von *res m.* und *nec m.* zu untersuchen, und er rechtfertigt sein Unternehmen damit, dass er glaubt, dieselben tiefer erfassen zu können, als es bisher geschehen. Als Vorfragen behandelt er die drei Fragen nach der Bedeutung des Ausdruckes, nach dem Katalog der *res m.* und nach der Zeit der Entstehung jener Unterscheidung.

Das so festgestellte Thema bearbeitet er nach der äusseren Anlage seines Werkes in zwei selbständigen, übrigens auch getrennt veröffentlichten Theilen, denen beiden die genannte Disposition zu Grunde gelegt ist. Der erste Theil giebt eine ausführliche, systematisch geordnete Zusammenstellung der in der älteren und neueren Litteratur vertretenen Meinungen mit eingeflochtenen kritischen Bemerkungen des V.; dem zweiten ist die Entwicklung seiner eigenen Ansichten vorbehalten. — Diese Theilung des Themas scheint mir nicht nur unangebracht, sondern auch misslich zu sein. Indem V. der Litteratur eine eigene und in sich abgeschlossene Darstellung widmet, legt er ihrer Besprechung eine selbständige Bedeutung bei, die ihr nicht zukommt; zugleich aber macht sein Verfahren eine zusammenhängende und übersichtliche Behandlung der einzelnen Fragen unmöglich. Soweit ein Ueberblick über die Litteratur zweckmässig erscheint, soll er mit kurzen Federzügen auf die jeweilige eigene Gedankenentwicklung vorbereiten, und V. hätte daher besser gethan, wenn er den ersten Theil weglassen und den einzelnen Abschnitten seines zweiten Theiles eine gedrängte Litteraturübersicht vorausgeschickt hätte.

Unser Interesse beschränkt sich hiernach auf den zweiten Theil. Dem V. folgend, wenden wir uns zunächst den drei oben bezeichneten Vorfragen zu.

Was bedeutet der Ausdruck *res m.*? Die eine Seite dieser Frage hat V. bereits im ersten Theil entschieden (S. 20 ff.): *Mancipi* ist die

alte contrahirte Genitivform von *mancipium*; sie hat sich, wie V. feststellt, im Gegensatze zu anderen Verbindungen des Wortes (*causa, lex mancipii* u. s. w.) gerade in unserer Wendung so fest erhalten, dass einzig und allein in fr. Vat. 259 (Papinian) die nach Mommsens neuester Ausgabe insoweit sichere Lesart *res nec mancipii* begegnet. Ebenda selbst hat V., was hier noch bemerkt sei, die Ansichten der Römer über die Betonung des Wortes *mancipi* zusammengestellt. Es handelt sich nunmehr um die Bedeutung von *mancipium* in unserem Ausdruck. V. verwirft die Bedeutung von *mancipatio*, aber auch die von *Eigenthum* schlechthin, nimmt vielmehr eine alterthümliche an, von der er eine Spur bei Tacitus Ann. XIV, 43 (*avitum mancipium*) und bei Plinius h. n. IX, 35, 124 (*sequitur heredem, in mancipatum venit ut praedium aliquod*) zu finden glaubt; darnach bedeute *mancipium* objectiv das Familieneigenthum als den kostbarsten und festen Theil des Vermögens, welcher, von den Vätern ererbt, in der Familie erhalten zu werden pflegt, und subjectiv das Recht, d. i. das Eigenthum des Hausherrn an demselben. *Res m.* seien also diejenigen Objecte, welche am Familieneigenthum theilnahmen.

Mit diesem letzteren Satze hat V. den Beweissatz seiner ganzen Abhandlung ausgesprochen. Zur Kennzeichnung desselben ist noch besonders hervorzuheben, dass für den V. das Familieneigenthum, wie auch aus Obigem ersichtlich, kein juristischer, näher kein civilrechtlicher Begriff ist: nach ihm besteht das Familieneigenthum nicht nach *ius civile*, nicht nach dem Gesetze des römischen Staates, sondern nur nach dem Gesetze der Familie. Erscheint nun auch diese Auffassung von vornherein bedenklich, weil *mancipium* gerade ein civilrechtlicher Kunstaussdruck ist, so hat V. doch in den genannten beiden Zeugnissen, die er ansprechend auslegt (S. 92 N. 3, dazu S. 178 N. 2 und S. 181 N. 2), eine scheinbare Stütze. Indessen, sie mögen den Schluss zulassen, dass im *mancipium* der Begriff des Familieneigenthumes steckt; wie dieses aber ursprünglich geartet war, wie sich insbesondere das *ius civile* zu demselben verhielt, darüber geben sie gar keinen Aufschluss.

Zum Zwecke der Aufdeckung des ursprünglichen Begriffs von *mancipium* hat V. auch die Bedeutungen von *mancipare* entwickelt, und seine Ausführungen bieten hier manches Interessante. Wenn er aber die anfängliche Bedeutung von *mancipare*, hierin Voigt folgend, auf Grund einer von diesem missverstandenen Plautus-Stelle (Curc. IV, 2, 10) in den Eigenthumserwerb setzt, so ist dem gegenüber immer von neuem zu betonen, dass das Wort in der Rechtssprache nur veräußern bedeutet; daran können die etymologischen Versuche der Römer ebensowenig etwas ändern, wie die Thatsache, dass ein Schriftsteller der Kaiserzeit, Plinius h. n. IX, 35, 117 und nach ihm Solinus 20, 7, im vulgären Sprachgebrauch *mancipare* im Sinne von erwerben verwendet.

Die zweite Vorfrage betrifft den Katalog der *res m.* V. hält den von Gaius (I, 120; II, 14 ff.) und Ulpian (XIX, 1) überlieferten sowohl für die Kaiserzeit, als auch für die ältere Zeit für erschöpfend und feststehend; nur das Eine liesse sich sagen, dass die *Rusticalservituten*

in einer späteren Epoche entstanden und in die *res m.* eingereiht worden seien. Wenn sodann auf Grund der Autorität des Neratius (L. 1 § 1, L. 2, L. 3 D. 8, 3) zu den vier alten Rusticalservituten noch andere hinzugekommen seien, so könnten doch die letzteren deswegen noch nicht als *res m.* qualificirt werden; jedenfalls schliesse sie Ulpian, der gerade dem Neratius folge, von den *res m.* aus. — Im ganzen mit dem V. einverstanden, erachte ich den letzteren Schluss nicht für zwingend; im übrigen hat die Frage als eine rein schematische nur eine untergeordnete Bedeutung. Die Hauptsache ist, dass die neuen Rusticalservituten als solche den Grundsätzen über die *res m.* unterliegen und somit z. B. auch mancipirt werden können, mag ihnen nun der Name der *res m.* beigelegt worden sein oder nicht.

Die letzte Vorfrage beschäftigt sich mit der Zeit der Entstehung unserer Unterscheidung. V. verlegt sie, im wesentlichen auf Schilling und Bonghi fussend, in die vorrömische Periode. Sicher ist allenfalls nach Gaius II, 47, dass die XII Tafeln die Unterscheidung voraussetzen.

Nach Erledigung der besprochenen drei Vorfragen wendet sich V. dem eigentlichen Problem, der Frage nach Bedeutung und Grund der Unterscheidung zu. Er sucht zunächst ihre Bedeutung in geschichtlicher Zeit festzustellen. Schon im ersten Theil seiner Arbeit hat er den Plan dieses Abschnittes seiner Untersuchung entworfen und Rechenschaft von seiner Methode gegeben. Nach ihm hat die obige Frage zwei Seiten: welches ist der vernünftige Grund der Unterscheidung, und worin liegt ihr geschichtlicher Ursprung? Nach der einen Seite sei der natürliche, nach der anderen der juristische Unterschied der *res m.* und *nec m.* ins Auge zu fassen. In der bisherigen Litteratur liessen sich zwei einseitige Richtungen unterscheiden, von denen die ältere nur auf die erste Seite der Frage ihr Augenmerk richte und von diesem Standpunkte die Eintheilung aus physischen, öconomischen, socialen oder gar metaphysischen Gründen für nothwendig halte; die neuere Richtung dagegen suche für die an sich zufällige Unterscheidung nur nach einem geschichtlichen Grunde und finde diesen theils in der mancipatio, theils im originären Eigenthumserwerb der *res m.*, theils im Census, theils endlich im ältesten Eigenthumsbegriff. Beide Richtungen hält nun V. für berechtigt, und er glaubt auf beiden Wegen zu demselben Ziele gelangen zu können.

Den vernünftigen Grund der Eintheilung sucht V. mit Hilfe der Rechtsvergleichung zu ermitteln (S. 130 ff.). Jedes positive Recht habe auf einer gewissen Entwicklungsstufe neben wissenschaftlichen Eintheilungen der Sachen eine oberste, welche nicht gemacht, sondern spontan entstanden sei und auf die ältesten Zeiten zurückgehe; so finde sich bei den Attikern der Gegensatz von sichtbarem und unsichtbarem Vermögen, bei den Germanen und Slaven die Eintheilung in Mobilien und Immobilien und in England und Schottland die Classification von Erb- und persönlichem Gut. Verschieden in ihren Objecten und ihren Rechtswirkungen, hätten doch alle diese Unterscheidungen mannigfache

analoge Elemente, welche auf ein sie alle beherrschendes gemeinsames Princip schliessen liessen. Dieses sei dahin zu formuliren: im Eigenthum stecke ein doppeltes Element, ein sociales und ein individuelles; darnach höben sich zwei Classen von Objecten ab, jenachdem für sie das Interesse eines socialen Ganzen (Gemeinde, Familie, Staat) oder des Individuums vorherrsche. In Rom verkörpere sich jenes doppelte Eigenthumselement in dem Gegensatze der *res m.* und *nec m.*; denn eine andere oberste und urwüchsige Eintheilung der Sachen hätten die Römer nicht. Insbesondere stelle sich die Eintheilung in Mobilien und Immobilien, im alten römischen Rechte von geringer Bedeutung, als ein spätes Erzeugniss der Wissenschaft dar, was die zeitliche Reihenfolge der Terminologie (ursprünglich nur *fundus*, später daneben *aedes*, dann *res soli* u. dgl., endlich *res immobiles*) bestätige. Somit sei die Eintheilung in *res m.* und *nec m.* eine in ihren Aeusserlichkeiten und insbesondere in ihrer Abgrenzung zwar zufällige, aber ihrem innersten Wesen nach nothwendige und weltgeschichtliche Erscheinung. —

Ich kann mich mit der rechtsvergleichenden Studie des V. und ihrem Ergebniss nicht befreunden. Ist es schon zweifelhaft, ob die verschiedenartigen Eintheilungen der Sachen bei den aufgeführten Volksstämmen gemeinsame Grundzüge erkennen lassen, aus denen das aufgestellte Princip abzuleiten wäre, so ist es doch mehr als gewagt, das so gewonnene „Gesetz“ nun auch ohne weiteres auf die ganz eigenartige römische Unterscheidung zu übertragen. Und wozu dies alles, wenn V. das „rationelle Kriterium“ derselben schliesslich durch die Bemerkung erläutert, dass die *res m.* wegen ihres ursprünglichen Zusammenhanges mit dem Ackerbau eine sociale Bedeutung gehabt hätten? Das ist zwar nichts neues, aber ebenso verständlich wie wahrscheinlich. Immerhin überschätzt V., unter dem Einflusse des Ergebnisses seiner Rechtsvergleichung, diese sociale Bedeutung der *res m.*: das beweist die folgende, der zweiten der obengenannten Richtungen in der Litteratur Rechnung tragende Untersuchung, in welcher er aus den rechtlichen Eigenthümlichkeiten und Beziehungen der *res m.* die socialen Interessen, die sich in geschichtlicher Zeit mit ihnen verbunden hätten, ableitet und die Art ihrer Mitwirkung näher bestimmt.

Auf diese Weise sucht V. zunächst den Gegensatz der derivativen Eigenthumserwerbsarten zu verwerthen. Es stünden sich gegenüber die *traditio* für die *res nec m.* und die *mancipatio* und *in iure cessio* für die *res m.* Die *traditio* beherrsche der Wille des Veräusserers, bei den letzteren Rechtsgeschäften trete dieser ganz zurück; das Wesentliche sei hier vielmehr die energische Eigenthumsbehauptung des Erwerbers, und diese setze in ihrer Uebereinstimmung mit der *Vindication*-formel die Möglichkeit eines Streites voraus. Als Gegner träte auf nicht etwa der Veräusserer, welcher ja mit der Eigenthumsübertragung einverstanden sei, sondern der Prätor oder die Zeugen, beide als Vertreter des Volkes. Ein solcher Streit erhöhe sich z. B., wenn der Erwerber ein Nicht Römer sei. „Die *mancipatio* und die *in iure cessio* sind Formen, angeordnet im Interesse der socialen Gruppe und zum

Schutze ihrer Rechte, und sie beschränken als solche den freien Willen des Eigenthümers.“ Aber noch von einer anderen Seite liefere insbesondere die *mancipatio*, welche, älter als die *in iure cessio*, der latini- schen Zeit angehöre, den Beweis eines Schutzes socialer Interessen. Sie sei als ursprünglich reeller Kauf ein *onerose*s Rechtsgeschäft, und indem die Sitte dem Hausherrn gestattet habe, die an die Familie ge- fesselten *res m.* zu veräußern, sei ihm zugleich mit dem Erforderniss der *mancipatio* die Pflicht auferlegt, nur gegen Entgelt zu veräußern. — Nach dem V. hätte also der sociale Organismus an den *res m.* ver- schiedenartige Interessen: einmal an ihrer Erhaltung im Staatsgebiet und sodann an ihrer Erhaltung in den einzelnen Familienverbänden. Allein die Argumentation des V. richtet sich, von allem andern abge- sehen, selbst. Der *Peregrine* kann an *res m.* ebensowenig wie an *res nec m.* *quiritisches* Eigenthum erwerben, und auf den Erwerbsact kommt daher nichts an; dass er aber *res m.* überhaupt nicht, auch nicht mit- tels *traditio*, von Römern erwerben kann, behauptet V. selbst nicht und kann auch schlechterdings nicht behauptet werden (vgl. Mommsen, Röm. Gesch. I Cap. XIII). Dass sodann die *mancipatio* das Familien- vermögen vor Verminderung bewahren sollte, insofern sie demselben stets andere Werthe zuführe, wird durch die Erwägung widerlegt, dass das Entgelt für die *res m.* auch in *res nec m.* bestehen kann, dass über diese aber der Hausherr, auch nach dem V., frei verfügt. Der Be- weis, dass bei den civilen Eigenthumserwerbsarten öffentliche Interessen mitspielen, ist hiernach dem V. nicht gelungen, sein rationelles Krite- rium hat auf diesem Felde die Probe nicht bestanden.

Den im Vorstehenden begonnenen Versuch, die sociale Bedeutung der *res m.* aus dem doppelten Gesichtspunkte des Interesses sowohl des Staates, als auch der Familie an ihnen zu entwickeln, setzt V. im Fol- genden fort, indem er den ursprünglichen Begriff und den Rechtsschutz des Eigenthums, die Stellung der *res m.* im Familienrecht, ihren Zu- sammenhang mit dem Census und endlich ihre Bedeutung im Erbrecht beleuchtet. Seine Ergebnisse sind kurz folgende. Das Interesse des Staates an den *res m.* offenbare sich einmal darin, dass sie allein die anfänglichen *res censui censendo* seien, und zum zweiten in dem kräf- tigen Rechtsschutze, dessen sie sich als die einzigen Gegenstände des *dominium ex iure Quir.* in der *rei vindicatio* erfreut hätten (ersteres nach Mommsen, letzteres nach Jhering). Das Interesse der Familie so- dann zeige sich in den positiven Rechtssätzen, welche die Frauen in- folge der *tutela agnatorum* in der freien Veräußerung der *res m.* be- schränkten und sie von der Erbfolge in solche bei Vorhandensein männ- licher Agnaten ausschlossen, und es erkläre sich daraus, dass die *res m.* ursprünglich das Familienvermögen dargestellt hätten: dafür lägen mannigfache Anhaltspunkte vor, und vor allem weise darauf der Aus- druck *familia pecuniaque* hin, eine Unterscheidung, welche sich mit der unsrigen decke. — Die Ausführungen des V. haben mich nicht davon überzeugt, dass das Staatsinteresse in irgend einer Weise die Unter- scheidung beeinflusst habe. Eine stricte Beweisführung in einer so

schwierigen Frage wird niemand von ihm erwarten, und über die Unzulänglichkeit der eigenen ist er sich selbst nicht im Unklaren. Aber ist es überhaupt glaubhaft, das jemals der römische Staat nur an den *res m.* ein *dominium ex iure Quir.* anerkannt und nur für sie die *vindictio* gegeben hätte? Wie wäre das zweifellos vorhandene und vom V. auch nicht bestrittene Eigenthum, das *meum esse* eines Römers an einer *res nec m.* anders zu charakterisiren, denn als Eigenthum nach römischem Civilrecht, d. h. als ein *meum esse* oder *dominium ex iure civili s. Quir.*? Es bedarf kaum der Berufung auf Gaius II, 40: *aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat aut non intellegebatur dominus*. Auf besseren Grundlagen beruht das vom V. vermuthete Familieneigenthum; hat es je bestanden, so dürfte es sich an den *res m.* am längsten erhalten haben. Wirklich scheinen einige Spuren darauf hinzudeuten, und V. hat denn auch die bekannten Erscheinungen, welche bisher als Stützpunkte für die von ihm vertretene Meinung dienten, von neuem zusammengestellt. Dagegen lässt sich um so weniger etwas sagen, als er selbst durchschlagende Beweiskraft ihnen durchaus nicht zuschreibt. Mit seinem nüchternen Urtheile (S. 263), dass man auf Grund des bisherigen und etwa noch neu zu beschaffenden vereinzelten Materials über blosse Vermuthungen schwerlich hinauskommen werde, erklären wir uns gern einverstanden. Da nun aber V. gerade in dem ursprünglichen Familieneigenthum die Wurzeln der Unterscheidung sucht, so gilt es für ihn, die Frage nicht mehr als eine in sich abgeschlossene zu behandeln, sondern sie aus einem erweiterten Gesichtspunkte zu lösen.

In der folgenden Untersuchung liegt also der Schwerpunkt der Arbeit des V. Gelingt es ihm hier nicht, einigermaßen gesicherte und befriedigende Ergebnisse zu liefern, so wird sein Versuch, das Problem zu lösen, als gescheitert betrachtet werden müssen. Da erregt es nun von Anfang an Bedenken, dass V. von dem mit Hilfe der Rechtsvergleichung gewonnenen „rationellen Kriterium“ der Unterscheidung, d. h. von dem nach seiner Meinung feststehenden Gesetze ausgeht, dass im Wesen des Eigenthums allenthalben ein innerer Streit zweier Willen, des socialen und des individuellen, begründet sei, welcher sich in einer allgemeinen Eintheilung der Eigenthumsobjecte äussere. Darnach ergibt sich ihm für die gegenwärtige Untersuchung die Fragestellung: „zu welcher Zeit und in welcher Gestalt stellte sich der dauernde Gegensatz der beiden Eigenthumselemente zum ersten Male bei den römischen und vorrömischen Stämmen in dem Gegensatze der *res m.* und *nec m.* fest?“ (S. 264). Weiteren Bedenken unterliegt die Behandlung dieser Frage seitens des V. Ihre Beantwortung setzt nach ihm, und das ist unbestreitbar, die Kenntniss der Gesellschaftsordnung und des Eigenthumsbegriffes in der Ur- und Vorzeit Roms voraus, und da die positiven Berichte darüber ebenso ungenügend wie zweifelhaft seien, was ebenfalls nicht zu leugnen ist, so sieht sich V. auch hier wieder auf die Aushilfe der Rechtsvergleichung angewiesen. In Summa: V. will das ganze Problem vermittelt der Rechts-

vergleichung als „einer wahren und eigentlichen geschichtlichen Methode“ lösen.

Nun ist aber die Mangelhaftigkeit und Unzuverlässigkeit dieser Methode zu bekannt, als dass es nöthig wäre, die Gründe hierfür von neuem aufzuzählen. Dass sie insbesondere der Willkür zugänglich ist, zeigt auch die Art, wie sie V. handhabt. Er hält sich nicht an die Resultate der bisherigen Forschungen, sondern bekämpft fast auf Schritt und Tritt die „herrschende Meinung“ und baut sich auf eigene Faust ein System auf, welches dann leicht die Grundlage für diejenigen Schlüsse bietet, auf die V. abzielt. Seine Aufstellungen haben hiernach überall nur den Werth subjectiver Ansichten, und dies gilt insbesondere von der Entwicklungsgeschichte, welche V. von der socialen Organisation und den Eigenthumsverhältnissen in Latium und im alten Rom entrollt: eine natürliche Folge des Mangels sicherer Ueberlieferungen und der Methode des V. zugleich. Es erübrigt daher, mit dem V. über die Haltbarkeit oder Unhaltbarkeit seiner Ansichten zu rechten; den Anspruch auf historische Wahrheit würden auch unsere Auffassungen nicht erheben können; und ich beschränke mich darauf, den Entwurf seiner Entwicklungsgeschichte folgen zu lassen.

Die ursprüngliche Verfassung Roms sei die Gentilverfassung. Die gens als Vorläuferin der civitas Romana sei ein rein nationalpolitischer Verband, während den primitiven Familienverband die Agnatenfamilie darstelle, welche ihrerseits auch wieder ein politisches Ganzes sei. Im Collectiveigenthum der gens habe das Weideland gestanden, das Eigenthum am Ackerland und den mit dem Ackerbau zusammenhängenden Gegenständen habe der Agnatenfamilie zugestanden, die übrigen Objecte wären Eigenthum des Einzelnen, gleichviel ob Vater oder Sohn, gewesen. Die res m. seien auf dieser Stufe entweder überhaupt unveräußerlich gewesen, oder zwar veräußerlich, aber nur mit Zustimmung der ganzen Agnatengruppe und zugleich unter Ueberwachung und Gewähr der höheren Gruppe der gens. — Die weitere Entwicklung in Rom habe infolge des Zusammenschlusses der kleineren civitates, d. i. der romulischen tribus, zur civitas Romana geführt, und diese zeige von Anfang an das Bestreben, die untergeordneten politischen Verbände, gens und agnatio, zu vernichten. Sie habe ihr Ziel erreicht durch Anerkennung und Stärkung der familia i. e. S., d. h. des unter einem (lebenden) pater fam. stehenden Familienkreises. Die Folge der Auflösung der Agnatenfamilie sei die Theilung ihres Vermögens gewesen: die res m. seien nunmehr gemeinsames Vermögen der einzelnen familia geworden. Dieses neuere Familienvermögen habe aber nur nach den mores, nach den Gesetzen der Familie bestanden, nicht nach ius civile. Denn indem die civitas die Familie sich selbst überlassen, diese aber kraft ihrer Autonomie den pater fam. zu ihrem Vertreter gemacht hätte, wäre der letztere der civitas gegenüber der Souverain der Familie gewesen. Bei dieser Sachlage hätte sich das Recht des pater fam. am Familienvermögen zu einem unumschränkten eigenen entwickeln müssen, und dementsprechend habe man im peculium der Haussöhne nur eine

concessio seitens des *pater fam.* erblickt. Das freie Testirrecht desselben insbesondere hätten die XII Tafeln anerkannt: es sollte die Willkür des *pater fam.* begünstigt werden, aber nicht zum Schaden seiner Hauskinder, sondern nur zum Schaden der gentilicischen und agnatischen Gruppen. Das Testament erkenne gerade die Familiengemeinschaft an, indem es dem *pater fam.* die Möglichkeit gewähre, für seine emancipirten Söhne und verheiratheten Töchter in manu eines anderen zu sorgen. —

Unser Schlussurtheil kann nach allem nicht wohl anders lauten, als dass es dem V. trotz seines redlichen Strebens und trotz aller aufgewandten Mühe nicht gelungen sein dürfte, die dunkle Frage nach dem Grund und Ursprung der Unterscheidung von *res m.* und *nec m.* zum Abschluss zu bringen oder auch nur wesentlich zu fördern.

Berlin, im December 1890.

Hugo Krüger.

Brezzo Dott. Camillo, *L'utilis actio del diritto romano.*
— *Rei vindicatio utilis.* — Estensione utile dell'azione di rivendica di fronte al Cod. civ. it. Torino, fratelli Bocca, 1889. 245 Seiten.

Das Hauptthema des V. ist die *vind. utilis* in den bekannten zehn besonderen Fällen des römischen Rechts.

Er nennt sie, nach dem Vorgange fast aller bisherigen Bearbeiter derselben, im Haupttitel: *rei vind. utilis*; indessen ist diese Terminologie nicht quellenmässig. Römisch, wenn auch nicht classisch, ist der Ausdruck: *utilis vind.*; er findet sich meines Wissens zuerst bei Philippus Arabs in L. 8 C. 3, 32 und nach ihm nur noch bei Valerian in L. 1 C. 8, 54 (55). Sicher verwenden ihn die classischen Juristen nie (nach Ausweis des Index zu den Quellen des classischen Rechts): sie sprechen immer nur von der *utilis in rem actio* (Varus und Nerva bei Ulp. L. 5 § 3 D. 6, 1; Paul.¹⁾ L. 55 D. 24, 1), kürzer von *utilis actio* (Gaius II, 78 [= § 34 I. 2, 1]; L. 9, § 2 D. 41, 1; L. 30 D. 24, 1) oder in *rem actio* (Ulp. L. 29 D. 39, 6) oder endlich auch bloss von *actio* (Ulp. L. 41 D. 41, 1), und nur einmal (L. 2 D. 26, 9) beschreibt sie Ulpian näher als eine *utilis actio ad rem vindicandam*. Diesen classischen Sprachgebrauch ziehen auch die Byzantiner vor: so z. B. Theophilus zu § 34 I. 2, 1 und Justinian in L. 15 C. 5, 3 (in L. 2 C. Th. 3, 5 fehlt die Bezeichnung der *actio*), L. 30 C. 5, 12 und L. 1 § 5a C. 5, 13, dazu vielleicht noch in L. 55 D. 24, 1 cit. Immerhin mag

¹⁾ Wofern man nicht lieber gerade den Satzsatz der Stelle für interpolirt erachtet.

man heute der Kürze und des leichteren Verständnisses wegen die Klage mit dem nachclassischen Namen *vind. utilis* nennen; aber ihre Bezeichnung als *rei vind. utilis* dürfte um so mehr zu vermeiden sein, als sie leicht dazu verleiten könnte, die Klage mehr, als es angängig ist, der *rei vind.* zu nähern, und dass dies gerade V. im weitesten Masse thut, sei im Anschluss hieran sogleich bemerkt.

Die Eintheilung der Arbeit anlangend, so behandelt V. das Thema in einem analytischen und einem synthetischen Theil. Im ersteren sucht er das Wesen der *vind. utilis* dadurch zu ergründen, dass er zunächst den Begriff der *actio* und darnach das Wesen der *utiles actiones* überhaupt untersucht; angeschlossen ist ihm eine eingehende Besprechung und Würdigung der in der bisherigen Litteratur vertretenen Ansichten und namentlich der Theorien von Jhering, Kindervater, Schulin und Appleton. Im synthetischen Theil geht V. die zehn eigenartigen Fälle der *vind. utilis* einzeln durch, indem er die Quellentexte an der Hand der Litteratur interpretirt und für jeden Fall den Zusammenhang mit dem römischen Klagensystem feststellt. Den Schluss der Arbeit bildet die Frage nach der heutigen Anwendbarkeit der *vind. utilis*, einschliesslich der *Publiciana* und der *Pauliana*, insbesondere nach italienischem Recht. — Jenen Abschnitt des ersten Theils, welcher sich mit Bedeutung und Arten der *actiones utiles* im allgemeinen beschäftigt, sowie das Schlusswort hat V. beliebt, im Titel vor und nach dem Haupttitel besonders anzukündigen, ihnen so eine selbständige Bedeutung heimesend.

Der Inhalt des analytischen Theils ist kurz folgender. Nachdem V. in der Einleitung den doch wohl veralteten Satz, dass die *praetorische actio* ein materielles Recht voraussetze, welches im *ius aequum* begründet sei, wieder aufgenommen hat, legt er seine Ansichten über dieses *ius aequum* und insbesondere über die *praetorische aequitas* dar und verbreitet sich dann über die bekannten, theils auf dem *imperium*, theils auf der *iurisdictio* beruhenden Rechtsmittel des Prätors, sie classenweise aufzählend. Damit ist er denn bei den *utiles actiones* angelangt; er unterscheidet hinsichtlich des Ausdruckes eine technische und untechnische Bedeutung und dann wieder eine technische im weiteren und im engeren Sinne und vertheilt auf diese Arten und Unterarten die einzelnen Gruppen von *utiles actiones*. — Aus diesen sehr ausführlichen Betrachtungen ist hier nur die eine Behauptung hervorzuheben, dass alle *utiles actiones* in *ius concipirt* gewesen seien (S. 41 Text zu N. 2); gewissermassen vorbereitet auf dieselbe hat V. mit der vorher öfters geäusserten Bemerkung, dass die Fiction das gebräuchlichste Mittel des Prätors gewesen sei, neue Actionen zu schaffen, aber ihre Begründung hat er nicht versucht. —

Zu den *vind. utiles* übergehend, gruppirt V. in Fortsetzung seiner Analyse zunächst wieder die einzelnen Arten nach gewissen Gesichtspunkten: es erscheinen hier die *Publiciana* und *Pauliana*, die *actio vectigalis* und die Klage des *Superficiars* und endlich die den eigentlichen Gegenstand seiner Untersuchung bildenden zehn singulären

Fälle. Der herkömmliche Catalog der letzteren hätte übrigens durch den bei Lenel ed. perp. S. 146 genannten Fall der L. 41 D. 41, 1 (mit L. 23 D. 44, 1) vervollständigt werden können¹⁾.

Jene ganze Classeneintheilung des V. ist für den Zweck seiner Untersuchung unwesentlich; denn er fasst alle vind. utiles ohne Ausnahme als actiones ficticiae auf, was wir unmittelbar darauf erfahren. Es ist diese Anschauung des V. nur eine Folge seiner obenerwähnten, für die actiones utiles überhaupt aufgestellten gleichen Behauptung, und hiernach hält er sie einer besonderen Begründung nicht für bedürftig. Ist aber für sie im Bisherigen überhaupt kein Beweis erbracht, so offenbart sich die vermeintliche Analyse des V. durchweg als blosse petitio principii.

Eine wirkliche Analyse hätte m. E. nach dieser Richtung hin nichts weiter als die hinlänglich bekannte Thatsache (vgl. im allgemeinen Lenel ed. perp. S. 159 ff.) ergeben, dass, welches auch die technische Bedeutung von utilis actio bei den Römern gewesen wäre, sowohl actiones ficticiae, als auch actiones in factum conceptae in den Quellen als utiles bezeichnet werden; so ist z. B. die Conception in factum für die „utilis“ actio des Superficiars so gut wie quellenmässig bezeugt (vgl. neuestens Adolf Schmidt in dieser Zeitschrift Bd. 11 S. 150) und für die actio vectigalis nicht minder wahrscheinlich. Es wäre daher die Aufgabe des V. im synthetischen Theile gewesen, jeden einzelnen der zehn Fälle auf die passende Formelfassung hin sorgfältig zu prüfen, und zu einer solchen Untersuchung hätte ihn gerade die ihm nicht unbekannte Bemerkung Lenels (ed. perp. S. 146. 147) anregen müssen, dass in manchen Fällen der vind. utilis die Annahme einer formula in factum concepta „ganz unvermeidlich ist“.

Anstatt dessen beschränkt sich V. bei seiner vorgefassten Meinung im synthetischen Theil darauf, die Fictionen in jedem einzelnen Fall zu formuliren, und er glaubt sie mit Leichtigkeit dadurch reconstruiren zu können, dass er aus dem jeweiligen Quellentexte die ihm passend erscheinenden Worte herausgreift, ohne sonderlich die Sachlichkeit der so gewonnenen Fictionen zu prüfen: ein Verfahren, bei dem V. denn auch grösstentheils nicht glücklich gewesen ist.

In Wahrheit eignen sich für ficticische Fassung der Formeln nur die beiden Fälle der L. 5 § 3 D. 6, 1 und der L. 9 § 2 D. 41, 1 (mit Gaius II, 78 und § 34 I. 2, 1), und hier weisen auch die Quellen fast unverkennbar auf eine solche hin. Denn in L. 9 § 2 D. cit. wird gegensätzlich zur actio utilis die „recta vindicatio“ im Sinne der directa, vielleicht auch an Stelle einer ursprünglichen directa vind. ge-

¹⁾ Dagegen vermisst Ferrini in seiner kurzen Besprechung des Brezzoschen Buches (Rivista Italiana Bd. IX (1890) S. 105) zu Unrecht die actio utilis ad exemplum vindicationis des Legatars gemäss dem sc. Neronianum, die sich wohl aus fr. Vat. 85 ergeben soll. Denn diese Klage stützt sich zwar materiell auf das für das Vindicationslegat geltende Accrescenzrecht, kann aber formell in Gemässheit des genannten Senatsschlusses nur die actio legati per damnationem sein.

nannt, und in L. 5 § 3 D. cit. ist der Schlusssatz: *nam si nondum coaluit, mea esse non desinet*“ (sc. arbor) im Sinne seiner Urheber, des Varus und Nerva, als Begründung für die Richtigkeit der gedachten, vielleicht auch von Tribonian nur gestrichenen Fiction: *si non coaluisset* (cum fundo Nⁱ Nⁱ) aufzufassen. Offenbar gerade wegen seiner Quellenmässigkeit erwähnt auch Lenel ed. perp. S. 146 diesen Wortlaut; V. aber entnimmt seine abweichende, freilich nicht unmögliche Formulierung den nur zur Erklärung des coaluit beigefügten Worten: *et radices immisit*.

In allen übrigen Fällen erscheint die Annahme einer actio in factum concepta, aus inneren wie äusseren Gründen, in der That unumgänglich. Hat V. die Möglichkeit solcher Gründe nicht genügend erwogen, so hat ihn auf der anderen Seite das gekennzeichnete äusserliche Verfahren bisweilen zu geradezu unmöglichen Fictionsen geführt. Von den letzteren zwei Beispiele. Nach L. 29 § 1, L. 30 D. 24, 1 hat der Ehemann die utilis vind. auf das Kleid, welches die Frau aus der ihr vom Manne geschenkten Wolle gefertigt hat; V. will hier fingiren: *si „ex ea lana“ nova species facta non esset*. Aber dabei wird gerade die vestis, d. i. das Vindicationsobject, nicht nur nicht genannt, sondern obenein ganz hinwegfingirt. Die Fiction müsste lauten: *si quam vestem N^a N^a ex lana ab A^o A^o marito donata sibi confecit, A^a A^a ipse* (oder auch nach L. 31 pr. § 1 D. ibid.: *N^a N^a Aⁱ Aⁱ nomine*) *confecisset*. — Sodann formulirt V. im Falle der L. 2 D. 26, 9 unter Benutzung des Wortlautes der Stelle die Fiction dahin: *si tutor fundum in nomen pupilli emisset*, wobei er ganz richtig an die Mancipation denkt. Die Stelle selbst setzt nun wahrscheinlich den Fall, dass der Vormund formell in eigenem Namen, aber in materieller Vertretung des Mündels sich mancipiren liess (vgl. die parallele L. 9 pr. D. 26, 7); es ist aber, nach anderen Stellen, auch denkbar, dass der Vormund in eigenem Namen und in eigenem Interesse gehandelt hat. In beiden Fällen müsste man, um eine genügende Grundlage für die intentio zu schaffen, die Fiction darauf abstellen, dass der Vormund jedenfalls formell im Namen des Pupills die Mancipation vorgenommen hätte, und so denkt sie sich zweifellos der V.; sie ist aber von vornherein unmöglich, weil es eine mancipatio mit der nuncupatio: rem Titii esse schlechterdings nicht giebt.

Aber ganz abgesehen von der Frage, wie die Fictionsen in den einzelnen Fällen zu bilden wären, steht der Annahme einer actio ficticia in allen acht Fällen — wenn wir auch die nachclassischen vom Standpunkte des classischen Rechtes betrachten — ein gewichtiger innerer Grund entgegen. Die intentio dieser Klage formulirt V. richtig: *tum si ea res Aⁱ Aⁱ ex iure Quir. esse oporteret*, und ganz folgerecht legt er dem Kläger ausser dem Beweise des zu Grunde gelegten Thatbestandes noch den weiteren auf, dass er civiler Eigenthümer geworden wäre, wenn die fingirte Thatsache auf Wahrheit beruhte, d. h. dass der nach dem Thatbestand erste Erwerber der vindicirten Sache civiler Eigenthümer gegenwärtig (als Beklagter) sei oder (wenn ein Dritter

belangt wird) gewesen sei. Allein mit dieser Beweislast wird dem Kläger mehr zugemuthet, als er mit der *vind. utilis* erreichen will. Er will vom Beklagten unter allen Umständen Herausgabe der Sache, mag nun Beklagter, bez. der erste Erwerber wirklich Eigenthümer geworden sein oder nicht; gegebenenfalls verlangt er noch mehr, nämlich Eigenthumsübertragung, insbesondere Mancipation, und dann greift das *officium iudicis* ein; aber das mindeste, was er verlangt, und was er immer verlangt, ist Herausgabe der Sache. Er will die Sache in derselben Weise besitzen, wie der erste Erwerber, und diesem Begehren giebt die *vind. utilis* Folge: es soll der Zustand verwirklicht werden, der eingetreten wäre, wenn der Kläger in derselben Weise in den Besitz der Sache gelangt wäre, wie es in Wahrheit der erste Erwerber ist, soweit dies mit processualen Mitteln zu erreichen ist. Der Vormund z. B., welcher eine Sache mit Mündelgeldern in eigenem Namen gekauft hat, soll sie lediglich auf Grund dieses Thatbestandes dem Pupillen herausgeben, gleichviel also ob der Vormund durch den Kauf Eigenthümer geworden ist, bez. der Pupill es geworden wäre, oder nicht. Genau dasselbe ergiebt eine Durchsicht der übrigen Fälle.

Mit jener nothwendigen Beweislast würde also die ficticische formula zum Nachtheil des Klägers die *vind. utilis* an eine ihrem Grundgedanken ganz fremde Voraussetzung anknüpfen, und dies genügt, die erstere fallen zu lassen. Eine formula in factum concepta ist dagegen ganz am Platze, und es bleibe nicht unerwähnt, dass sie sich zugleich durch die Leichtigkeit ihrer Fassung empfiehlt, während die ficticische Formulirung in manchen Fällen, namentlich in dem eigenthümlich liegenden des Pupills, ebenso mühsam wäre, wie sie gekünstelt und schwerfällig ausfiel.

Endlich hätte den V. der Versuch, die mannigfachsten Thatbestände zum Gegenstand von Fiktionen zu machen, zu der naheliegenden Vorfrage führen müssen, welche Thatbestände der Prätor als bestehend oder nicht bestehend zu fingiren pflegte. Die uns überlieferten Fiktionen lassen sich in zwei Gruppen scheiden. Die eine setzt als Gegenstand der Fiction etwas Zuständliches, sei es eine rechtliche Eigenschaft der Parteien (z. B. *si heres*, *si civis Romanus esset*, *si capite minutus non esset* [Gaius IV, 34 ff.], *si dediticiorum numero factus non esset* [frag. de dedit.], *si in civitate decessisset* [lex Cornelia], *si liber esset* [s. Keller, Röm. Civilpr. N 350; Lenel ed. perp. S. 207 ff.] u. a. m.), sei es irgend einen factischen Zustand (z. B. *si anno* [non] *possedisset*, *si non afuisset* [Keller N. 345], *si arbor non coaluisset*, *si tabula picta* [eine bemalte] *non esset* u. a. m.). In der zweiten Gruppe wird ein ganzes Rechtsgeschäft der Parteien vollständig hinzu- oder hinwegfingirt: so die bei Gaius IV, 32 genannte formula *ad legis actionis fictionem expressa* für den publicanus: *si pignus captum esset*; so ferner die fictio einer stipulatio (fictio conditionis in diesem Sinne) in der lex Rubria c. 20 und nach L. 19 § 1 D. 1, 7 [Keller N. 344]; so endlich die actiones rescissa acceptilatione (L. 9 §§ 4. 6 D. 4, 2) oder

alienatione bez. mancipatione (L. 13 § 1 D. 4, 4; § 6 l. 4, 6; frag. de iure fisci 20 [Keller N. 345. 348; Lenel S. 90 f., S. 146, S. 352 f.]).

Die zweite Gruppe lehrt, dass die Fiction wohl nicht dazu benutzt wurde, Thatbestände, welche in Handlungen oder Rechtsgeschäften der Parteien bestehen, in irgend einer Weise umzugestalten, und es wäre daher Anstand zu nehmen, Fictionen, wie: si N^s N^s Aⁱ Aⁱ nomine emisset (so der V. für L. 2 D. 26, 9 und L. 55 D. 24, 1), oder: si A^s A^s ipse vestem confecisset (so im Sinne des V. für L. 30 D. 24, 1; s. oben), den Römern unterzulegen.

Aus alledem folgt, dass in den weitaus meisten Fällen der vind. utilis die Formel als in factum concipirt zu denken ist. Dies ergibt sich noch insbesondere für die vom V. übergangene L. 41 D. 41, 1 daraus, dass die gleiche exceptio in L. 23 D. 44, 1 in factum genannt wird, und dasselbe lässt sich für die vind. utilis der L. 29 D. 39, 6 (Ulp. 17 ad edict.) daraus vermuthen, dass sie im Ulpianischen Edictscommentar in der Nachbarschaft der in factum zu concipirenden Vindicationen der praedia stipendiaria vel tributaria und des ager vectigalis steht; vielleicht, das Ulpian hier im 17. Buche als Nachtrag zu der im 16. Buche behandelten rei vind. und Publiciana die in rem actiones in factum conceptae überhaupt besprach (s. die Stellen bei Lenel, Paling. fr. 581—589).

Gehen wir nunmehr zu der vom V. aufgestellten allgemeinen Theorie der vind. utilis über, so betont er zuvörderst mit Recht die prätorische iurisdictio als ihre Grundlage. Darin, dass er von hier aus die Theorie der vind. utilis zu entwickeln sucht, erblicke ich das Verdienst seiner Arbeit. Er erschliesst das Verständniss ihres Wesens und führt manche Einzelfrage ihrer Lösung entgegen; um so mehr ist es zu bedauern, dass er bei der Beantwortung der hauptsächlichsten Frage seinem Standpunkte untreu geworden ist.

Der Prätor gewährt nach dem V. eine utilis vind., wo es praktisches Bedürfniss und Billigkeit zu fordern scheinen; da hierüber sein freies Ermessen entscheidet, so ertheilt er m. a. W. die vind. utilis nur causa cognita. Daran kann in der That kein Zweifel sein gegenüber der Thatsache, dass die vind. utilis in erster Linie dazu berufen ist, das civile Eigenthum des Beklagten zu besiegen; liegt doch unter solchen Umständen in der datio actionis zugleich die denegatio der exceptio dominii (dazu jetzt Appleton, hist. de la propr. prêt. Theil II unter: exc. justi dominii). Was alles der Prätor nun in seine cognitio hineinziehen, an welche Voraussetzungen er die Klagertheilung anknüpfen will, hängt in jedem einzelnen Falle von seinem Belieben ab, und so lassen sich denn von vornherein keine allgemeingiltigen Grundsätze für die vind. utilis im ganzen aufstellen: sie ist kein einheitliches, in sich geschlossenes und festbegrenztes Rechtsinstitut, und als das einzige Princip, welches sie beherrscht, lässt sich eben nur die prätorische causae cognitio hinstellen. Dies der Grundgedanke des V., der vollen Beifall verdient. Er verwerthet denselben in doppelter Weise. Zunächst stellt er den Satz auf, dass zwar für die justinianische Codifi-

cation die Zahl unserer Vindicationsfälle eine geschlossene, daher eine analoge Ausdehnung nicht statthaft sei, dass dagegen vom Standpunkte des classischen Rechts die uns bezeugten Fälle der vind. utilis nicht nothwendig erschöpfend seien. Man wird hierin dem Verfasser gern beipflichten: zweifellos hatte der Prätor freie Hand, auch auf Grund anderer Thatbestände eine utilis vind. zu bewilligen. — Der zweite Punkt betrifft die eigentliche Cardinalfrage, ob die utilis vind. auch gegen dritte Besitzer oder gar Eigenthümer der Sache wirksam sei. V. will sie gegen untitulirte Besitzer geben und auch gegen titulirte Besitzer dann, wenn sie in male fide seien, d. h. in Kenntniss des Sachverhaltes die Sache vom ersten Erwerber erworben hätten; nur gegen gutgläubige titulirte Besitzer würde sie der Prätor nicht leicht bewilligt haben. Allein eine so stricte Antwort auf obige Frage scheint mir nicht räthlich. Gewiss kommt es ganz auf den cognoscirenden Prätor an, im einzelnen Falle die Richtung der vind. utilis zu bestimmen, und in dieser Beziehung wird man im allgemeinen, ganz im Sinne des V., auf die causae cognitio in dem analogen Falle der L. 13 § 1 D. 4, 4 verweisen können; darnach wäre es nicht ausgeschlossen, dass der Prätor auch einmal gegen gutgläubige dritte Erwerber der Sache die vind. utilis ertheilte, wenn etwa der erste Erwerber insolvent und daher eine persönliche Klage gegen diesen erfolglos wäre. Aber im einzelnen ist doch wohl von der feststehenden Thatsache auszugehen, dass die Quellen regelmässig den ersten Erwerber als den Beklagten setzen. Ist auch daraus eine grundsätzliche Beschränkung der vind. utilis überhaupt nicht nothwendig abzuleiten, so empfiehlt es sich doch, von einer Ausdehnung der vind. utilis in den betreffenden Fällen selbst mangels eines jeden positiven Anhaltspunktes abzusehen. Wenn überdies, wie ich glaube, die vind. utilis in ihrer ursprünglichen Anwendung nur die Form für die Durchsetzung eines obligatorischen Anspruches gewesen ist, für den die Gewährung einer persönlichen Klage, insbesondere der *condictio*, nicht thunlich war, so liegt auch hierin ein hinreichender Grund für die Annahme der obigen Beschränkung. Immerhin mag der Prätor in denjenigen Fällen, in denen das *Mass* nicht durch diesen Zweck der vind. utilis vorgezeichnet war, bisweilen weiter gegangen sein; da hierfür eine feste Grenzlinie nicht gezogen werden kann, so wird man eine umfassendere dingliche Wirkung der Klage nur da befürworten können, wo es, wie im Falle der L. 2 D. 26, 9, die allgemeine Fassung des Zeugnisses ermöglicht oder nahe legt. —

Hat V. ganz richtig die formelle Grundlage der vind. utilis in der prätorischen *iurisdictio* erkannt, so nimmt es Wunder, wenn er ihre materielle Grundlage nicht, wie natürlich, in den einzelnen Thatbeständen selbst sucht, sondern in einem materiellen Rechte des Klägers und nun gar in dessen *civilem* Eigenthume! Er sagt nämlich S. 209: „Die einmal vom Prätor bewilligte vind. utilis gründet sich auf „wahres“ Eigenthum, sobald der Kläger sie vor dem *iudex* anstellt, weil er vor diesem unter der gegebenen Fiction den Beweis seines Eigenthums auch

nach *ius civile* wirksam erbringt.“ Es ist nicht ersichtlich, ob dieser Ausspruch eine Nutzenanwendung des in der Einleitung aufgestellten Satzes sein soll, dass die *praetorische actio*, wie jede Klage, ein materielles Recht des Klägers voraussetze; denn nach des V. eigener Darstellung setzt ja nicht die *vind. utilis* als virtuelles Klagrecht das *civile* Eigenthum voraus, sondern wird umgekehrt das letztere durch die bereits vorm Richter erhobene Klage bedingt. Aber gleichviel, die obige Construction des V. ist verfehlt: keine *praetorische* Formel schafft *civiles* Recht, und ebensowenig kann die Fiction, schon als Formelbestandtheil, aber auch für sich betrachtet, diese Wirkung haben; denn natürlich macht sie nicht wahr, sondern nimmt sie nur für wahr. Eben darum ist Kläger als anerkannter Nichteigenthümer gar nicht in der Lage, *civiles* Eigenthum zu erweisen. Es ist schwer verständlich, wie V. diese elementaren Wahrheiten übersehen konnte.

Jene Vorstellung von der materiellen Grundlage der *vind. utilis* hat für den V. eine praktische Seite: augenscheinlich spricht er dem Kläger das *civile* Eigenthum an der ihm auf Grund des Richterspruches herausgegebenen Sache zu. Damit reimt sich vollkommen seine Behauptung, dass zwischen der *vind. directa* und *utilis* im classischen Rechte nur in der Formelfassung und im justinianischen Rechte überhaupt kein Unterschied bestehe; letzteres soll aus der gelegentlich für die *actio neg. gest.* hingeworfenen Aeusserung Justinians in L. 46 (47) § 1 D. 3, 5 hervorgehen. Aber auch hier trifft in Ansehung des classischen Rechts das bereits oben Gesagte zu. Mag die *vind. utilis* als ficticische in *ius* oder mag sie in *factum* concipirt sein, in keinem Falle kann der *iudex* auf Grund der *praetorischen formula* pronuntziiren: *rem ex iure Quir. A! A! esse videtur*; er kann es nicht, selbst wenn Beklagter der gegenwärtige *civile* Eigenthümer ist, aber noch viel weniger, wenn Beklagter es nicht ist. Wohl ist es möglich, dass der *iudex ex arbitratu suo* dem Beklagten die Mancipation der Sache an den Kläger auferlegt, und letzterer wird *quiritischer* Eigenthümer, wenn Beklagter es war; dann aber wird Kläger *quiritischer* Eigenthümer nicht auf Grund des richterlichen Urtheils, sondern auf Grund der Mancipation. Giebt dagegen Beklagter dem Kläger die Sache einfach heraus, so erlangt letzterer nie Eigenthum, sondern im günstigsten Falle, wenn man nämlich im richterlichen Urtheil einen Ersitzungstitel erblickt, nur Ersitzungsbesitz. Für das justinianische Recht sodann mag V. Recht haben. Zwar ist auch hier die *vind. utilis* nicht schlechthin mit der *rei vind.* verschmolzen; denn unzweifelhaft ist Kläger vor Herausgabe der Sache Nichteigenthümer, und er hat daher in der *vind. utilis* nur ein dinglich geartetes Recht auf Herausgabe bez. Uebereignung der Sache. Aber das so verwirklichte dingliche Recht dürfte in der That das Eigenthum selbst sein; denn Justinian sagt in L. 14 § 1 D. 11, 7: *dominium habet, qui auctore iudice comparavit*. —

V. schliesst seine Theorie der *vind. utilis* mit der Aufzählung ihrer Vortheile gegenüber der *condictio*; damit ist aber das Verhältniss beider Klagen zu einander bei weitem nicht gebührend gewürdigt. Jene

Vortheile sind gering genug, als dass man sich bei dem Glauben beruhigen könnte, die vind. utilis wäre von Anfang an nur um dieser Vortheile willen eingeführt worden. Auf die richtige Erklärung hatte schon Jhering, Jahrb. für Dogm. I S. 171 hingewiesen, und es wäre ein dankenswerthes Unternehmen gewesen, wenn V., dieser Anregung folgend, der rechtsgeschichtlichen Seite der Frage seine Aufmerksamkeit zugewandt hätte. An Stoff für eine solche Untersuchung fehlt es nicht. Erst von der spätclassischen Zeit an finden wir *condictio* und *vind. utilis* neben einander genannt; Gaius und vor ihm Varus (?) und Nerva erwähnen erstere noch nicht, und Labeo scheint im Falle der L. 29 § 1 (mit L. 30) D. 24, 1 weder die eine noch die andere Klage zugelassen zu haben. Sodann sagt Paulus L. 35 § 3 D. 39, 6: *nec dubitaverunt Cassiani, quin condictione repeli possit*, nämlich das *mortis causa donatum* bei Convalescenz des Schenkers: das sieht doch ganz so aus, als ob die Proculianer an der Statthaftigkeit der *condictio* in diesem Falle zum mindesten zweifelten und daher lieber zur *vind. utilis* (Ulp. L. 29 D. *ibid.*) griffen, wie es ja auch Nerva in einem anderen Falle gethan hatte. Diese wenigen Andeutungen mögen zum Beweise dafür genügen, dass die *vind. utilis* geschichtlich zu erklären ist; ihr Fortbestand in den einmal gegebenen Fällen ermöglichte zugleich ihre weitere Ausdehnung auch da, wo die *condictio* unzweifelhaft zuständig war.

Berlin, im November 1890.

Hugo Krüger.

H. Fitting, Die Institutionenglosse des Gualcausus und die übrigen in der Handschrift 328 des Kölner Stadt-Archivs enthaltenen Erzeugnisse mittelalterlicher Rechtslitteratur als Entgegnung gegen Flach besprochen und neu herausgegeben. Berlin, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1891, IV und 140 S. 8°.

In der schon mehrfach benutzten, durch den Titel näher bezeichneten, frühestens aus dem Ende des 11. Jahrhunderts stammenden Kölner Handschrift hat Fitting einen höchst anregenden und bedeutsamen Fund, man darf wohl sagen eine Entdeckung gemacht. Ihrer Veröffentlichung und Verarbeitung ist das vorliegende Werk wesentlich gewidmet.

Das Kölner Manuscript beginnt mit den glossirten Institutionen. In dem *stemma cognationum* nun, welches dort f. 32^a steht, anschliessend an § 9 Instit. de grad. cogn. III, 6, sind unter die Krone des Baumes, links und rechts vom Stamme, mit grüner Farbe folgende, bisher übersehene Verse gesetzt:

Sanguinis as metas, docuit quas nube repletas
 Grecus conventus, sapiet romana iuventus.
 Hinc Guualcausus ego nullius dicta timebo.

Die Verse stehen klar und deutlich so da, davon habe ich mich zum Ueberfluss durch Autopsie überzeugt; namentlich daran, dass der Name Guualcausus lautet und von Anfang an so lauten sollte, ist kein Zweifel möglich; dass aber diese Form nur eine andere Schreibart ist für die uns geläufigere 'Walcausus', ist selbstverständlich. Dieses ist die Thatsache; die Frage ist, was daraus zuerst für das Kölner Manuscript, sodann für die Rechtsgeschichte sich folgern lässt.

Genau dieselben Verse, nur mit den Worten 'ego doctus' an Stelle des Eigennamens, finden sich auch (S. 20) in der Londoner Handschrift des Liber Papiensis; Walcausus ist der Name eines hervorragenden Lombardisten, welchen Ficker als kaiserlichen Hofrichter in Urkunden von 1055—1077, ausserdem nochmals in einer Urkunde von 1079 nachgewiesen hat; dass derselbe Walcausus es ist, welchen unsere Hexameter nennen, dürfte hiermit feststehen. Damit sehen wir uns in lombardistische Kreise versetzt; geschrieben sein muss darnach das in allen Einzelheiten als aus einer organisirten Schreiberschule hervorgegangen sich charakterisirende Manuscript (S. 14) in Pavia; als lombardistisch hatte die Kölner Glossen zu den Institutionen und zu der auf dieselben folgenden Epitome Iuliani mit sicherem Takt an einer Reihe von Merkmalen schon Conrat (Gesch. des röm. Rechts im früheren Mittelalter I 339 f., 419 f.) erkannt. Diese Glossen stammen also aus lombardistischer Mitte und ihre Kölner Zusammenstellung frühestens aus der Zeit des Walcausus.

Diesen nimmt Fitting (S. 30) als den Urheber der Glossen mit Sicherheit in Anspruch, wenigstens für die bei weitem grösste, von der ältesten Hand, 1^a, herrührende Masse. Mir dagegen beginnen hier die Zweifel. Ich erkenne an, dass entweder die drei Verse von Walcausus, was wohl am nächsten liegt, verfasst sind; oder dass Walcausus sie sich, durch Einschlebung seines Namens in eine vorgefundene Vorlage, angeeignet hat; oder dass einer seiner Schüler, der doch wohl die Verhältnisse kennen musste, den Lehrer in diesen drei Versen redend eingeführt hat (S. 29), um etwas zu seinem Lobe auszusagen; jedenfalls also beziehen sich die Verse auf Walcausus, ihr Inhalt ist, im frühmittelalterlichen Sinne, echt. Ich erkenne ferner als höchst wahrscheinlich an, dass unter den die Kölner Institutionenglosse bildenden Stücken einige oder zahlreiche auf Walcausus zurückgehen mögen; welche und wie viele — das scheint mir noch ganz im Dunkeln zu liegen und wird, fürchte ich, auch im Dunkeln bleiben. Die sämtlichen Beweise Fittings scheinen mir bei näherem Zusehen diese weitere Deutung zuzulassen. Walcausus hat sich, wie seine bezeichneten Glossen zum Liber Papiensis bekanntlich ergiebig darthun, mit römischem Recht viel beschäftigt — so auch die übrigen späteren Lombardisten. Die Kölner Glosse stimmt in Sprache, Stil und Rechtsbehandlung mit den Bemerkungen zum Liber Papiensis überein, das hatte schon Conrat fest-

gestellt; die Bearbeitung des Papiensis rührt wesentlich von Walcausus und seinen Schülern her; demgemäss stimmt die Kölner Glosse auch mit denjenigen Stücken des liber Papiensis überein, welche die Sigle des Walcausus ausdrücklich tragen, das zeigt Fitting (S. 31 f.) vortrefflich; — aber Fitting selbst muss zugeben, besonders schlagende Aehnlichkeiten gerade mit solchen Papienser Glossen gefunden zu haben, welche nicht bestimmt auf Walcausus zurückführbar sind, sondern bloss die Art seiner Schule haben. Damit kommen wir für die Masse der Kölner Glossen nicht über lombardistische Kreise seit Walcausus, unter oder nach seinem Schuleinfluss, hinaus. Ebenso wenig mit den drei Versen über sie selbst. Welcher frühmittelalterliche Autor — lies Sammler — hätte sich je gescheut, seine Vorgänger, unter Belassung von Sigle oder Namen, direct redend einzuführen? Man nahm nach Gutdünken unverändert die Ausführung eines jeden, seine subjectivsten Ansichten oder Argumente, auf; dass die beigelegte Autorenbezeichnung gerade nur für den Satz galt, bei welchem sie stand, wusste jeder; unverschmolzen liess man so die einzelnen Bruchstücke, aus welchen man mit Draufgabe etwaiger eigener Bemerkungen einen Apparat oder dgl. zusammensetzte, nebeneinanderstehen. In Prosa so unbeholfene Arbeiter mochten sich erst recht hüten, Verse anzurühren. Ja, diese Verse, welche in der Londoner Handschrift wiederkehren, in unserer Handschrift zu dem ganzen Bilde des stemma in ihrer auffälligen Anordnung, Färbung und kaligraphischen Ausführung einen wesentlichen Zug beitragen, mögen geradezu ein festes Zubehör desselben bei den Lombardisten geworden sein, welches als solches verständnisslos von der einen Hand zu der anderen ging. Ob demnach der Zusammensteller der Kölner Institutionenglosse Walcausus selbst ist oder ein directer Schüler des Walcausus, oder ob ihm die Walcausischen Verse erst durch mehrfache Vermittelung zugegangen sind, muss meiner Ansicht nach dahingestellt bleiben.

Ebenso wenig aber scheint mir aus den Versen nachweisbar, dass es sich um einen Lehrvortrag, um eine zu Pavia gehaltene Institutionenvorlesung handelt, wie Fitting dies gleichzeitig behauptet. Es mögen vielleicht Vorlesungen über römisches Recht, namentlich im Anschlusse an die Institutionen, zu Pavia stattgehabt haben. Vielleicht auch durch Walcausus; jedenfalls sind er und seine Schüler für ihre Zeit nicht üble Romanisten; dass aber die Verse, weil sie rühmen, der Jugend sei besseres Verständniss der römischen Verwandtschaftsgrade durch Gualcausus vermittelt, und weil Bücher damals sehr theuer waren, sich nur auf Vorlesungen des Gualcausus beziehen könnten, das dürfte doch ein sehr kühner Schluss sein. Es konnte doch wohl auch ein blosser Schriftsteller meinen oder dafür gelten, zur Belehrung der Jugend beizutragen; gerade an die *iuventus* zu denken, legen Namen und dem Mittelalter vertrauter Zweck der Institutionen nahe; so dass deshalb der Verfasser nicht eben Zuhörer vor sich gehabt zu haben oder gewesen zu sein braucht, ganz abgesehen davon, ob man sich für den Fall solcher Vorlesungen *iuvēnes* als Zuhörer zu denken hätte. Viel-

mehr scheinen mir die Verse bloss zu besagen, dass Walcausus für das vom Institutionentext zu dieser Stelle geforderte, in den Institutionen-Handschriften bekanntlich nicht erhaltene stemma das vorliegende, nicht genuine, vielleicht aus dem Isidor entnommene, entweder zuerst eingesetzt oder zuerst einzusetzen geglaubt oder, wider besseres Wissen, zuerst einzusetzen sich gerühmt hat: Möglichkeiten, auf welche Fitting auffallender Weise gar nicht eingeht und die daher auch hier nicht weiter verfolgt werden können. Ob Walcausus diese Verse zuerst in einer Vorlesung gesprochen oder in stiller Kammer niedergeschrieben, oder ob einer seiner Schüler sie unter dem Eindruck einer Walcausischen Vorlesung oder eines mit dem von Walcausus zugesetzten stemma ausgerüsteten Manuscripts verfasst hat: darüber theilen sie mir nichts mit. Einzelne der Kölner Glossen mögen ja, wie Fitting S. 26 ausführt, auf den Ursprung aus Vorlesungen schliessen lassen; bei anderen, namentlich den vielen Distinctionen, scheint mir dies weniger der Fall; wie aber überhaupt der Kölner Apparat entstanden ist, bleibt dennoch im Dunkeln, er mag aus glossirten Manuscripten, Vorlesungen, Vorlesungsnotizen, Ueberlieferungen zusammengeklaut sein. —

Somit bleibt folgendes als genügend wahrscheinlich, um darauf weiter zu bauen, übrig. Walcausus hat sich mit den Institutionen erläuternd beschäftigt; dass er sich auf das stemma beschränkt hätte, ist nicht anzunehmen; er wird also wohl noch andere Zuthaten, sagen wir direct Glossen zu den Institutionen gefügt haben. Diese Zuthaten müssen zu der keinesfalls sehr viel späteren Zeit, in welcher die Kölner Glosse entstanden ist, noch erhalten gewesen sein und dem „Autor“ der Kölner Glosse vorgelegen haben, da er eben aus ihnen jene Verse entnommen hat; wenigstens ist es höchst unwahrscheinlich, dass sich bloss jene Verse bis auf ihn erhalten hätten. Lag ihm aber ein Walcausischer Vorrath vor, so hat er denselben sicher, bei der grossen Berühmtheit, deren sich Walcausus dauernd erfreute, eifrig benutzt. Also wird wohl die Kölner Glosse zahlreiche oder doch manche Walcausische Glossen enthalten; welche und wie viele, darüber wage ich, wie gesagt, nichts zu behaupten.¹⁾

Trotzdem bleibt die Entdeckung Fittings eine glänzende und für die Geschichte des römischen Rechts im früheren Mittelalter höchst bedeutsame; sie bleibt es namentlich im Sinne und in der Richtung Fittings selbst; denn auch von meiner Anschauung aus rechtfertigt sie, wennschon nicht alle, so doch die wesentlicheren und gerade die Fit-

¹⁾ Mit alledem soll keineswegs die Möglichkeit, sondern immer bloss die Sicherheit der Fittingschen Behauptungen geleugnet sein. Dieser mittelalterliche Schutt-Boden ist gar zu locker; muss ich doch selbst für eine viel spätere und hellere Zeit Pescatore, meinem Recensenten in den Gött. gel. Anzeigen, zugeben, dass die „Autorschaft“ des Azo für zahlreiche der von mir als Quaestiones Azonis herausgegebenen Stücke sich recht wohl bezweifeln lässt, wenn man das Wort in unserem strengen Sinne nimmt: wie ich dies übrigens selbst schon in der Vorrede zu der Ausgabe mehrfach durch Noten (z. B. S. 18) angedeutet hatte.

ting meist am Herzen liegenden der von ihm aus seiner Auffassung gezogenen rechtsgeschichtlichen Schlüsse.

Hinfällig wird allerdings zunächst der Versuch genauerer Datirung. Da Walcausus eine solche Vorlesung nicht wohl in der Zeit, in welcher er das hohe Amt eines kaiserlichen Hofrichters bekleidete, gehalten haben kann, so wird dieselbe (S. 35 f.) vor 1055 und zwar wahrscheinlich stark vor 1055 gesetzt. Diese Annahme verliert schon an Wahrscheinlichkeit, sobald man nicht mehr als erwiesen ansieht, dass die Kölner Glosse einer Vorlesung ihre Entstehung verdankt, sollte man selbst an der Autorschaft des Walcausus festhalten. Denn dann könnte, wer die beredte und gewandte Feder Fittings führte, leicht plausibel machen, wie Walcausus, der in seiner Jugend dem römischen Recht näher getreten war, seine Berühmtheit als Lombardist erlangt und bis 1077 als kaiserlicher Hofrichter gewirkt hatte, in der gelehrten Musse des Alters zu den Institutionen zurückgekehrt sei und seine Befriedigung darin gefunden habe, der Jugend eines neuen Geschlechts vorzuhalten, wie viel bequemer ihr der Erwerb der Rechtskunde gemacht werde. Damit käme man in das letzte Viertel des 11. Jahrhunderts; und weit später wird die Entstehungszeit der Glosse thatsächlich nicht zu suchen sein, mag sie zum Verfasser haben welchen Lombardisten auch immer; über die Wende des Jahrhunderts wenigstens wird sie wohl kaum hinausgehen.

Gerade aus dieser letzten Zeit des 11. Jahrhunderts könnten nun auch diejenigen Kölner Glossen herrühren, als deren Quelle Fitting (S. 54 f.) das Digestum novum und vetus darthut. Damit verschwindet die Beweisfähigkeit der Kölner Institutionenglosse für Digestenkenntniss vor dem letzten Viertel oder gar vor der zweiten Hälfte des 11. Jahrhunderts.

Dagegen bleibt der Kern der Fittingschen Ausführungen (S. 47 f.) bestehen. Der Betrieb des römischen Rechts zur Zeit des Walcausus und seiner Schüler ist offenbar ein viel intensiverer gewesen, als man bisher annahm. Es muss da eine ernsthafte wissenschaftliche Thätigkeit demselben gewidmet worden sein, wenn man es auch bloss als Hülfswissenschaft ansah. Pavia erscheint (S. 56 f.) als das Centrum und der Sitz vielseitigen und eifrigen Studiums. Mehr als je tritt der Zusammenhang zwischen Pavia und Bologna hervor. Indem Fitting das, was wir bisher, namentlich auch seit den so verdienstlichen Uebereinstimmungstabellen Chiappellis, schon über Beziehungen zwischen Lombardisten und Glossatoren wussten, mit den durch seinen Fund erschlossenen Verhältnissen der Walcausischen Schule verbindet; indem er gleichzeitig (S. 48 f.) auf die namentlich in der Turiner Institutionenglosse enthaltenen Spuren noch älterer Bemühungen um das römische Recht mit Nachdruck abermals verweist, weiss er die schon so oft von ihm geknüpften, so oft und namentlich letzthin von den Gegnern zerrissene Kette eines Zusammenhanges zwischen dem Alterthum und den Glossatoren wieder frisch zu schliessen, eine Kette, deren letzte

Glieder durch seine schöne Entdeckung wesentlich an Festigkeit gewonnen haben.

Natürlich hat die Bedeutung seines Fundes Fitting veranlasst, der ganzen Kölner Handschrift gesteigerte Beachtung zu schenken. Er giebt uns (S. 10 f.) eine die bisherigen an Genauigkeit weit übertreffende Beschreibung derselben; die von Lamprecht aus den Ornamenten gezogene Annahme, dass die Initialen der Institutionen und der auf sie folgenden Julianischen Epitome genau einer Vorlage des 9. Jahrhunderts nachgemalt sind, findet (S. 18 f.) in Bezug auf den ganzen Text ihre Bestätigung durch eine Reihe feiner sachlichen Bemerkungen. In Bezug auf die Institutionenglossen aber werden mehrere Hände unterschieden. Das bisher Besprochene bezieht sich, wie schon bemerkt, nur auf die von der ursprünglichen Hand, 1^a, herrührenden Glossen; kein besonderes Interesse bieten die von der Hand des ersten Correctors, 1^b, geschriebenen Stücke (S. 57); eine dritte Hand, 1^c, lässt auf abermalige Correctur und so auf ausserordentliche Sorgfalt schliessen; die ihr angehörigen Stellen finden sich wörtlich wieder in dem Tractat de actionum varietate et vita seu longitudine. Spätere Zuthaten sind die von Hand 2 im ersten Buche der Institutionen nachgetragenen Titel- und Capitelüberschriften sowie die von Hand 3 noch eingestreuten Glossen, welche übrigens auch (S. 58) lombardistischen Charakter tragen. Genau dieselben verschiedenen Schriften in demselben Verhältniss zu einander finden sich in der Epitome Iuliani wieder, welche also offenbar mit den Institutionen plangemäss zusammen hergestellt ist. Der Text derselben bietet (S. 59 f.) wenig Bemerkenswerthes; die spärlichen Glossen sind denjenigen zu den Institutionen ganz ähnlich, also zweifellos auch Lombardistisch-Papienser Ursprungs (S. 61 f.); nur die von Hand 3 geschriebenen (S. 63 f.) sind ganz anderer Natur, zeichnen sich durch die feste Schreibart 'in codice' aus, haben eine der Papienser Schule fremde Citirmethode und sind demnach offenbar aus einer verschiedenen Quelle nachgetragen.

Eigenthümlich steht ein weiterer Bestandtheil der Handschrift da: die in ihr von Cramer entdeckten, nach ihr von Klenze herausgegebenen zwei fingirten Constitutionen. Fitting stellt (S. 16 f. und 64) fest, dass dieselben bisher irrig als zusammengehörig und gleichen Ursprungs gegolten haben; vielmehr bildet nur die zweite einen Anhang der ursprünglichen Kölner Handschrift auf f. 60. 61 derselben, während die erste einer anderen Institutionenhandschrift beigelegt war, deren letztes Blatt der Kölner gewissermassen als Vorsetzblatt, f. 1, dient. Aus Institutionenhandschriften stammen sie demnach beide; auch sind sie beide lombardistisch, wie schon Conrat (Gesch. S. 340) angenommen hatte und Fitting nun näher (S. 68 f. und 79 f.) nachweist; dagegen soll nach Fitting die erstere in Pavia selbst, die zweite nicht dort, sondern in der Umgegend geschrieben sein; die erste von Walcausus, die zweite von Siehelnus von Reggio. — Mit Erfolg wird dargethan, dass die erste Constitution, welche aus der justinianischen Gesetzgebung mosaikartig zusammengestellt ist, dabei einen dem Kölner ge-

nau bis in alle Einzelheiten hinein entsprechenden Text der Institutionen aufweist. Nimmt man die Glossen zu letzteren als wirklich walcausisch an, und nimmt man hinzu, dass Walcausus historisch als Fälscher gilt, d. h., wie Fitting schön ausführt (S. 70 f.), schuldlos deshalb in diesen Ruf gekommen ist, weil er neben ältere lombardische Gesetze die sie abändernden oder ergänzenden Stellen jüngerer in etwas umgearbeiteter, aber die Redeweise des Gesetzes beibehaltender Form gesetzt hat, welche Zusätze später in den Text der Walcausina gerietben und dann als Fälschungen erschienen: so liegt es allerdings sehr nahe, die erste Klenzesche Constitution auf ihn zurückzuführen, da sie zur Erklärung des römischen Processganges gerade so römische wie jene Zusätze zur Walcausina lombardische Gesetzesstellen verarbeitet. Freilich verliert diese Combination ein wesentliches Glied, sobald Walcausus nicht mehr als Verfasser der Institutionenglosse feststeht; immerhin passt sie sonst nach allen Seiten so trefflich (s. namentlich auch S. 72 f.), dass ich hier fast noch eher als bei der Glosse Fitting ganz zuzustimmen vermöchte; aber darüber, dass es sich bloss um eine Hypothese, nicht, wie Fitting S. 70 meint, um eine wirklich geschichtliche Thatsache handelt, sollte man sich doch nicht täuschen. — Die zweite Constitution ist, wie ein in ihr vorkommendes Beispiel *'cum absens eras Papiæ'* darthut, nicht in Pavia verfasst. Sie zeigt weit schlechtere Latinität, geringere Rechtskenntniss und Compositions-kunst als die erstere; ist Walcausus der Autor der ersten, so mag die zweite von einem seiner Schüler in der Diaspora in Nachahmung des Lehrers gefertigt sein. Alle diese Umstände sprechen nicht gegen Sichelmus; für ihn spricht nach Fitting (S. 83) folgende Stelle aus der *Rhetorimachia* Anselms des Peripatetikers über Sichelmus:

„Qui ut pro omnibus in suis rhetoricis noster habetur Tullius, sic Iustinianus pro omnibus in imperialibus suis edictis et legalibus iudiciis; et nec in iudicandis causis potuit esse exiguus, qui in perorandis satis sonat eximius.“

Will man in diesem schwülstigen Lob die Anspielung auf ein von Sichelmus herrührendes Lehrmittel in der Form eines kaiserlichen Gesetzes, welches sich mit processualischen Dingen und zwar mit den von den römischen Gesetzen verordneten Klagen befasst, finden, so mag die in Form und Inhalt dementsprechende zweite Constitution gemeint sein.

Uebrigens zieht Fitting daraus, dass Walcausus Autor der ersten, Sichelmus der zweiten Constitution, keine wesentlichen rechtsgeschichtlichen Schlüsse, sondern gewinnt dem bloss einige chronologische Winke ab (S. 73. 80); ich darf also wohl die Besprechung dieser Abschnitte seiner Schrift hiermit beschliessen. Der Vollständigkeit halber muss jedoch noch erwähnt werden, dass schliesslich (S. 86 f.) das der zweiten Constitution angefügte Stück *'Actio mutui'* rel. behandelt und, wie die übrigen, der Papienser lombardistischen Schule zugewiesen wird. Damit ist der ganze Inhalt des Kölner Manuscripts als dieser Schule angehörig festgestellt.

Alter guter Gewohnheit getreu hat Fitting uns all dies nicht mitgetheilt, ohne damit eine Ausgabe des Erörterten zu verbinden, deren Principien er S. 89—92 auseinandersetzt. Dann folgen zuerst die Glossen zu den Institutionen, mit Ausnahme derjenigen, welche bloss Wiederholungen von Wörtern oder Textvarianten geben; hieran schliessen sich die Julian-Glossen mit derselben Beschränkung; den Schluss bilden die beiden fingirten Constitutionen mit dem Anhang 'Actio mutui' rel. Unnöthig hinzuzusetzen, dass diese Edition mit derjenigen absoluten Akribie und eindringenden Sachkenntniss veranstaltet ist, wie sie nur von Fitting erwartet werden kann. Namentlich bietet die Institutionenglosse gegenüber der Conratschen Ausgabe zahlreiche bessere Lesarten und Vervollständigungen; unter denselben springt vor allem die klarere Form des Abdruckes der Distinctionen in die Augen; aber auch viele Einzelheiten der Lesung sind bei Fitting verständlicher geworden, vgl. z. B. Nr. 23 (21) z. E.; Nr. 32 (28) die Interpunction; Nr. 37 (33) die drei ersten Wörter; u. s. f. durch die ganze Reihe hindurch bis zu Nr. 190 (140) letztes Wort.

Ich würde glauben, der Aufgabe der Berichterstattung in diesem knappen Rahmen genug gethan zu haben, bliebe mir nicht noch Eines nachzuholen, was ich bisher absichtlich abgesondert habe: ich meine die Polemik gegen das jüngst von mir an dieser selben Stelle angezeigte Werk von Flach. Diese Polemik hebt schon der Titel hervor, die ersten Absätze (S. 1—10) sind ihr ausdrücklich gewidmet, in Veranlassung derselben hat der Verfasser sich neu mit der Kölner Handschrift beschäftigt und dabei seine Entdeckung gemacht, diese Polemik zieht sich aber auch wie ein rother Faden durch das ganze Buch. Sie ist, sagen wir es gleich, eine vielfach erfolgreiche. Oberflächlichkeiten und Flüchtigkeiten mancher Art (vgl. namentlich S. 4), aber auch bedenkliche Missverständnisse (vgl. S. 48 Note a) werden Flach nachgewiesen; dass die öde Verneinung aller seit Savigny gemachten Fortschritte, in welcher sich Flach gefällt, bei der Unvollständigkeit seiner Untersuchungen doppelt unbefriedigend erscheint, dürfte sich bereits in meiner Recension gezeigt haben; eine Unterschätzung des Werthes der Umstände, unter welchen uns die Turiner Institutionenglosse erhalten ist, hält ihm Fitting nachdrücklich vor; dazu kömmt nun das ganze Gewicht, mit welchem Fittings Entdeckung für seine alte These und gegen Flachs absolute Verwerfung derselben in die Wagschale fällt. Ich hoffe, dass diese kurzen Andeutungen genügen; keinesfalls mag ich diesen Controversen in alle Einzelheiten nachgehen. Ist es doch gar viel erfreulicher, darauf hinzuweisen, wie Fitting dieses Mal einem anderen Schriftsteller, der bisher als sein Hauptgegner erschien, sich genähert hat. Nachdem einerseits Conrat im Laufe seines grossen Werkes über die mittelalterlichen Schicksale des römischen Rechts sich verschiedentlich bereit gezeigt hat, die die Glossatorenzeit im 11. Jahrhundert vorbereitende Epoche selbst einige Jahrzehnte vor 1070 beginnen zu lassen; hebt jetzt andererseits Fitting (S. 5) hervor, was ich hier schon öfter betont hatte, dass der Streit über die Wissenschaftlichkeit

der vorirnerischen romanistischen Leistungen als unfruchtbar einzustellen ist, da sich objectiv der Begriff der Wissenschaftlichkeit nicht festsetzen lässt, vielmehr alles auf subjectives Urtheil und Zeitverhältnisse hinausläuft. Damit dürfte von beiden Seiten her ja ein grosser Schritt zur Einigung gethan sein; die schöne Entdeckung, mit welcher Fitting sein langjähriges eifriges Bemühen um diesen Zweig der Rechtsgeschichte nun auch einmal vom Glücke begünstigt sieht, wird ihr Theil zur Klärung dieser Fragen beitragen, sofern man nicht allzuviel aus ihr zu folgern sich bescheidet. Nach einer Zeit unablässigen Schwankens, in welcher nichts festzustehen schien, dürfte sich so eine Consolidation unserer Kenntnisse und Anschauungen auf diesem Gebiete vorbereiten zwar mit reichlichem *ignorabimus*, aber doch mit entschiedener Wendung dahin, dass keinesfalls die Wissenschaft des römischen Rechts fertig wie Minerva aus dem Haupte Jupiters von Irnerius ausgegangen ist. Mit Flachs Standpunkt der Verneinung mag sich das übel vertragen; der Wissenschaft aber bedeutet es doch wohl Gewinn an Festigkeit und Stetigkeit¹.

Ernst Landsberg.

Von der Savigny-Stiftung.

(VII, 166.)

Das Wortverzeichniss für die Pandekten, welches dem Wörterbuch der class. röm. Rechtswissenschaft zu Grunde liegt, ist im Anschlusse an die grössere Ausgabe Mommsens angefertigt. Die Stellen sind dabei nach Seite und Zeile dieser Ausgabe kenntlich gemacht. Bei der Ausarbeitung der Artikel entstand die Frage, ob die gleiche Citirmethode für das Wörterbuch beizubehalten sei, statt der heute üblichen nach Leges und Paragraphen.

Für die Citirweise nach Seite und Zeile spricht:

1. Die grössere Einfachheit. Wer nach Leges und Paragraphen citirt, kommt in der Regel auf 4 Zahlen, von denen jede zweistellig sein kann. Bei Seiten und Zeilen kommt man höchstens auf 5 Stellen, stets nur auf 2 Zahlen, und vermeidet das wenig passende *pr.* — Dadurch wird die Möglichkeit von Druckfehlern verringert, und in jedem Fall beträchtlich an Raum gespart.

2. Die grössere Genauigkeit. Die einzelnen Paragraphen der Pandekten sind fast sämmtlich länger als eine Zeile der in Frage stehen-

¹) Das Manuscript vorstehender Anzeige befand sich schon seit längerer Zeit in meinen Händen. Es war in der Druckerei, ehe das 4. Heft von Conrats Quellen und Litteratur (I, 583 ff.) erschien.

A. P.

den Ausgabe; zum Theil umfassen sie 10 und noch mehr Zeilen. Daher findet in dieser Ausgabe derjenige, dem die Zeile genannt wird, das gesuchte Wort leichter und schneller als der, welcher den Paragraphen durchsuchen muss. Kommt das Wort mehrmals kurz hintereinander vor, so ist meistens die Zeile noch ein Unterscheidungsmerkmal, wo der Paragraph es nicht mehr ist.

3. Auch ist nicht gleichgültig, dass, bei der erwähnten Beschaffenheit des Wortverzeichnisses, durch Beibehaltung dieser Citirmethode bei der Bearbeitung nicht bloss Zeit und Geld gespart wird, sondern auch die bei der Umsetzung sämtlicher Citate unvermeidlichen Versehen vermieden werden.

Diesen Vorzügen steht das Bedenken gegenüber, dass durch das Citiren nach Seite und Zeile das Wörterbuch auf eine Ausgabe der Pandekten ausschliesslich angewiesen wird. Diesem allerdings erheblichen Uebelstand wird abgeholfen werden durch eine der ersten Lieferung beizugebende Concordanz, welche für jede Seite und Zeile der grösseren Ausgabe die Nummern und den Paragraphen angiebt, welche ihr entsprechen. So werden die Besitzer der grösseren Ausgabe schneller und sicherer, die übrigen allerdings auf einem Umweg, aber ebenso sicher wie bei der anderen Citirform, die Stellen auffinden können. — Sollten künftige Ausgaben der Pandekten durch Randbemerkungen Seite und Zeile der grösseren Mommsenschen Ausgabe beifügen, so wird jeder also eingerichtete Druck das gleiche bequeme Verhältniss zu dem Lexikon haben wie die grössere Mommsensche Ausgabe. Bei einem Neudrucke der kleineren Mommsenschen Ausgabe wird eine derartige Einrichtung getroffen werden.

Um das Wörterbuch auch mit Lenels Palingenesia in unmittelbare Verbindung zu setzen, wird die Concordanz auch deren Nummern angeben.



I.

Die Stimmenzahl und die Abstimmungsordnung der reformirten servianischen Verfassung.

Von

Herrn Dr. **Elimar Klebs**
in Berlin.

I.

Als am Anfang unseres Jahrhunderts Savigny die Frage der „Verbindung der Centurien mit den Tribus“ behandelte¹⁾ und die Erklärung des Octavius Pantagathus der Vergessenheit entriss, da konnte er mit Recht bemerken, nur wenige der früheren Schriftsteller hätten auf die Veränderungen der servianischen Verfassung Rücksicht genommen; *„die meisten nehmen gar keine Notiz davon und behandeln die Einrichtung des Servius so, als ob sie zu allen Zeiten gegolten hätte.“*²⁾

Als Savigny fast ein halbes Jahrhundert später (1849) seine Jugendarbeit mit einem kurzen Nachwort begleitete, da war die von ihm zuerst wieder angeregte Frage bis zum Ueberdruß der Zeitgenossen³⁾ behandelt. Die Auffindung des vaticanischen Palimpsests von Ciceros Schrift de re publica hatte ein neues Zeugniß über die servianische Verfassung geliefert. Aber nicht bloss über seine Auslegung, selbst über seinen Wortlaut ward durch drei Jahrzehnte ein beständiger, doch wenig fruchtbarer Streit geführt. Neben der allgemeinen Er-

¹⁾ Erschienen 1805, wieder abgedruckt in den Vermischten Schriften I. S. 1 ff. — ²⁾ S. 9. — ³⁾ Man vergleiche die Bemerkungen Mommsens in der Vorrede seines Buches über die Tribus (1844) S. 2, Ritschls im Rheinischen Museum 1853 S. 308.

müdung trug wohl die philologische und textkritische Behandlung der streitigen Stelle durch Ritschl (1853), gerade weil sie zu einem völlig negativen Ergebniss kam, dazu bei, die Fluth willkürlicher Vermuthungen einzudämmen.

An erneuten Versuchen, die spätere Gestalt der servianischen Verfassung klar zu stellen, hat es trotzdem nicht gefehlt. Wenn man auch auf die Kenntniss mancher Einzelheiten von vorneherein Verzicht leistete, so war es doch ein berechtigtes Streben, wenigstens die Grundsätze festzustellen, nach denen die wichtigste Versammlung der römischen Bürgerschaft in jener Zeit gegliedert war, als der Staat zur weltbeherrschenden Macht wurde. Aber die Ungunst der Ueberlieferung erschwert in hohem Grade die Erfüllung jenes Verlangens. Jeder, der sich etwas näher mit diesen Dingen beschäftigt hat, weiss, oder sollte wenigstens wissen, dass eine vollkommen befriedigende Lösung, die jeden Anstoss hinwegräumt, kaum zu erzielen ist.

Fragen wir nach dem gegenwärtigen Stande der Untersuchung, so ist über einen wesentlichen Punkt erfreulicher Weise Einigkeit erreicht. Von allen namhaften Forschern der neueren Zeit wird anerkannt, dass bei der Reform die Eintheilung nach *seniores* und *iuniores* und nach 5 Vermögensclassen auf jede der 35 *Tribus* übertragen wurde, jede somit in 10 Abtheilungen zerfiel. Auch der Fortbestand der 18 *Rittercenturien* wird von den meisten anerkannt. Aber streitig ist noch immer die politisch wichtigste Frage, in welcher Weise jene 350 Abtheilungen das Stimmrecht in den *Centuriatcomitien* ausübten. Dass sie unverändert in diesen als Stimmkörper auftraten, hatte Pantagathus vermuthet. Aber gegen seine Annahme sind Einwände theils aus inneren Gründen, theils unter Berufung auf vermeintlich entgegenstehende Zeugnisse erhoben worden.

Dass die Zahl der *Centurien* auch in der reformirten Verfassung unverändert 193 geblieben sei, und nur die erste Classe statt der früheren 80 später 70 Stimmen erhalten habe, diese Ansicht hatten früher Orelli, Zumpt, Gerlach¹⁾ und

¹⁾ Orelli, *Onomastic. Tull.* III (1838) S. 374 ff., Zumpt (Abh. der Berliner Akad. 1836 S. 135 ff.), Gerlach, *Historische Studien* I (1841) S. 343 ff. II (1847) S. 205 ff.

andere vertreten. Man konnte diese Ansicht für abgethan halten, bis Mommsen sie unerwarteter Weise im Staatsrecht (III S. 274 ff.) wieder aufgenommen hat. In seiner Schrift über die römischen Tribus (1844) war Mommsen sehr entschieden für Pantagathus' Annahme eingetreten und trotz der Widerlegung, welche Huschke versucht hatte¹⁾, und der Angriffe anderer hielt er sie in der römischen Geschichte Jahrzehnte hindurch aufrecht.²⁾ Jetzt aber hat er sich der Ansicht seiner früheren Gegner zugewandt. Er unterscheidet sich darin von ihnen, dass er folgerechter als jene zunächst jeder der 5 Classen 70 von den 350 Abtheilungen zuweist. Da nun von den 193 Stimmen 18 den Rittern, 5 den Zusatzcenturien, 70 der ersten Classe zufallen sollen, so bleiben für die 280 Abtheilungen der vier unteren Classen nur 100 Stimmen verfügbar. Mommsen sieht sich also zu der Annahme genöthigt, dass Zusammenlegungen von Abtheilungen in den vier unteren Classen stattgefunden haben.

Das von ihm angenommene System beruht hauptsächlich auf einer eigenthümlichen Auslegung von Cicero de re publica 2, 22, wonach Cicero gleichzeitig von der servianischen und der reformirten Verfassung reden soll. Diese Ansicht war früher schon von Peter aufgestellt, aber auf allgemeinen Widerspruch gestossen³⁾; auch Mommsen hat sie früher entschieden bekämpft⁴⁾.

Von anderen Gesichtspunkten ausgehend, haben Madvig und Lange Umgestaltungen von Pantagathus' Hypothese vorgenommen; auf verschiedene Weise versuchen sie, auch für die Stimmordnung einen engeren Zusammenhang von Centurien und Tribus herzustellen.

Sämmtliche, überhaupt möglichen Annahmen über die Gestalt der reformirten Centuriatcomitien sind, wie wir später

¹⁾ In seiner Rezension von Mommsens Buch über die Tribus, in den Kritischen Jahrbüchern für Deutsche Rechtswissenschaft 1845 XVIII S. 581 ff. — ²⁾ So noch in der siebenten Ausgabe von 1881 I S. 819; Guiraud (Revue hist. XVII S. 1 ff.) bekämpfte noch 1881 die Hypothese des Pantagathus kurzweg als die Mommsens. — ³⁾ Peter, Die Epochen der Verfassungsgeschichte der Römischen Republik S. 68 ff. — Savigny a. a. O. S. 11 bemerkt über diese Auslegung: „Diese Meinung kann jedoch am entschiedensten verworfen werden“. — ⁴⁾ Tribus S. 62.

eingehender begründen, auch thatsächlich aufgestellt und durchgeführt worden.

Ueber den einen, vorher bezeichneten Hauptpunkt haben sich in Folge der Durcharbeitung der verschiedenen Hypothesen allmählig die Ansichten geklärt, und eine Einigung ist erreicht. So ist die Hoffnung nicht unbegründet, es werde gelingen, auch über die Stimmenzahl und die Ordnung der Abstimmung eine Einigung anzubahnen. Wir werden zu diesem Behuf die Ansichten derer einer kritischen Musterung unterwerfen, welche die Gliederung der 35 Tribus in 350 Abtheilungen zwar anerkennen, aber bestreiten, dass die Zahl der Stimmkörper der fünf Classen oder ihrer Stimmen die gleiche gewesen sei. Auch nach dieser Richtung hin sind sämtliche Möglichkeiten erschöpft, und der Versuch eines Abschlusses ist darum gerechtfertigt.

Wir beginnen mit einer Prüfung der Ansichten Mommsens, die eine besonders eingehende Erörterung erheischen. Vor allem darum, weil sie Pantagathus Lehre am stärksten umgestalten und vieles wieder in Frage stellen, was man bereits für einen gesicherten Ertrag der Forschung halten konnte.

Wohl soll ferner jede Untersuchung streitiger wissenschaftlicher Probleme es mit nichts anderem zu thun haben, als mit der sachlichen Prüfung gelehrter Ansichten. Aber auch die kühnste Sachlichkeit, die nur das Gewicht von Gründen abwägt und anerkennt, wird der Thatsache Rechnung zu tragen haben, dass die neueste, eigenartige Lösung der schwierigen Frage der Centurienreform in einem Werke vorgetragen ist, das durch seine hervorragende Bedeutung auf die gesamte Erforschung des römischen Staatswesens den tiefgehendsten Einfluss geübt hat und weiter übt. Es wird darum keiner Entschuldigung bedürfen, wenn wir bei einer Frage dieser Art die dort vorgetragenen Ansichten besonders sorgsam untersuchen und unsere abweichenden möglichst eingehend begründen.

II.

Livius 1,43 schreibt: *nec mirari oportet hunc ordinem, qui nunc est post expletas quinque et triginta tribus, duplicato earum numero centuriis iuniorum seniorumque ad*

institutam ab Servio Tullio summam non convenire. Quadri-fariam enim urbe divisa regionibusque et collibus qui habitabantur, partes eas tribus appellavit, ut ego arbitror, a tributo; nam eius quoque aequaliter ex censu conferendi ab eodem inita ratio est; neque eae tribus ud centuriarum distributionem numerumque quicquam pertinere. Diese Worte legt Mommsen dahin aus, „dass nach Livius ausdrücklicher Angabe die servianischen und die späteren Centurienzahlen der fünf Classen verschieden waren“; in der zugehörigen Anmerkung heisst es: „Die Zahlen der neuen Ordnung, welche ad institutam ab Ser. Tullio summam nicht stimmen, können nur die Centurienzahlen der einzelnen Classen sein; die Gesamtzahl nennt Livius nicht.“

Livius macht eine gelegentliche Bemerkung für Leser seiner, der augustischen Zeit. Die Kenntniss des ordo qui nunc est setzt er bei ihnen selbstverständlich voraus. Für die servianische Ordnung hat er freilich die Gesamtzahl nicht ausdrücklich genannt, aber durch die Angabe der Zahlen für die einzelnen Classen jedem Leser die Möglichkeit gegeben, sie durch eine kleine Addition zu finden. In der Auseinandersetzung, welche unserer Stelle unmittelbar vorausgeht, bezieht er sich geradezu auf die Gesamtzahl. Er sagt, die servianische Verfassung gab ein allgemeines, aber nicht ein gleiches Stimmrecht; sed gradus facti, ut neque exclusus quisquam suffragio videretur et vis omnis penes primores civitatis esset. Equites enim vocabantur primi, octoginta inde primae classis centuriae [primum] peditum vocabantur; ibi si variaret, quod raro incidebat, ut secundae classis vocarentur, nec fere umquam infra ita descenderent, ut ad infimos pervenirent. Livius führt also aus, die Ritter und die erste Classe hatten mehr als die Hälfte aller Stimmen; höchstens kam noch im Fall der Uneinigkeit jener die zweite Classe in Betracht. Daran schliesst sich naturgemäss der Gedanke: in der gegenwärtigen Ordnung ist das Stimmverhältniss ein anderes. Da Livius für Leser schrieb, denen die reformirte Verfassung aus dem Leben bekannt war, so wies seine erste Bemerkung deutlich genug auf die Verschiedenheit der Gesamtzahlen hin.

Kehren wir nach der Beseitigung eines unbegründeten Einwurfes zur Hauptstelle zurück, so fragt sich zuerst: was bedeutet hier ordo? Berücksichtigt man in erster Linie den

unmittelbaren Zusammenhang, so wird man verstehen ordo suffragiorum; fasst man die Worte als Schlussbemerkung zu der ganzen Auseinandersetzung über die servianische Verfassung, so wird man ergänzen centuriarum. Sachlich kommt Beides auf dasselbe hinaus. Die letzten Worte lauten: neque eae tribus ad centuriarum distributionem numerumque quicquam pertinere; daraus folgt als Livius Ansicht: quinque et triginta tribus ad centuriarum distributionem numerumque pertinere. Da es an jedem beschränkenden Zusatz fehlt, so können unter centuriae nicht diejenigen der einzelnen Classen, sondern eben nur die der servianischen Verfassung verstanden werden. Mit Recht hat Mommsen selbst früher (Tribus S. 74) aus diesen livianischen Worten den Schluss gezogen: „*Hierdurch wird jede Hypothese widerlegt, die die servianische Centurienzahl (170) in die reformirte Verfassung hincinträgt.*“

Unvereinbar aber ist seine jetzige Auslegung auch mit den Worten ad institutam summam. Summa ist niemals die Zahl schlechtweg, als ein beliebiges Vielfaches der Einheit, sondern es ist eine Gesamtzahl, die durch Addition anderer Zahlen entsteht, die anderen Zahlen in sich begreift. Hier kann nach dem Zusammenhang nichts anderes ergänzt werden als centuriarum. Selbst wenn sich Livius nicht gescheut hätte, für die Zahl der Centurien je einer Classe die ohne näheren Zusatz irre führende Bezeichnung summa zu gebrauchen, so wäre es doch unmöglich für ihn gewesen, wenn er die Centurienzahlen der einzelnen Classen bezeichnen wollte, den Singular summa zu setzen; er hätte schreiben müssen summas.

Die von Servius Tullius festgesetzte summa kann nur eine einzige Zahl bedeuten, nicht gleichzeitig die Zahlen 80, 20, 20, 20, 30, sondern nur das Ergebniss ihrer Addition.

Aus einer Zeit, da die reformirte Verfassung äusserlich noch unverändert in Kraft war, bezeugt uns also Livius ausdrücklich, dass in ihr die Gesamtzahl der Centurien verschieden war von jener der ursprünglichen servianischen Ordnung.

Ob entgegen diesem ausdrücklichen Zeugnis die Hypothese Mommsens dennoch aufrecht zu erhalten ist, darüber suchen wir die Entscheidung in einer sachlichen Prüfung des von ihm angenommenen Wahlsystems.

Es giebt im allgemeinen zwei Wege ein ungleiches Stimmrecht zu schaffen. Entweder man giebt dem einzelnen Abstimmenden eine Mehrheit von Stimmen; dies ist der natürliche Weg, wenn es sich um eine beschränkte Zahl von Abstimmenden handelt, namentlich wenn sie nicht als Personen, sondern als Vertreter irgend welcher politischen Verbände ihre Stimme abgeben, wie etwa im deutschen Bundesrath. Handelt es sich aber um abstimmende Massen, so hat man immer den anderen Weg eingeschlagen, Abtheilungen mit gleichen Stimmen, aber von ungleicher Kopfstärke zu bilden. Dies ist auch im Alterthum das allein übliche Verfahren. Dagegen dürften sich kaum Beispiele dafür finden, dass man bei Volksabstimmungen¹⁾ ein allgemeines aber ungleiches Stimmrecht in der Weise geschaffen hätte, dass man erst n Abtheilungen bildet, diesen $n < m$ Stimmen giebt und deshalb für jede Abstimmung eine Anzahl Abtheilungen zu einem Stimmkörper vereinigt. Denn dies Verfahren hat keinen Vorzug vor dem zweiten, welches jede beliebige Abstufung des Stimmrechts zulässt; dagegen hat es den Nachtheil, einer nutzlosen Erschwerung der Geschäfte. Für jede Abstimmung müssen die besonderen Stimmkörper erst gebildet werden. Es ist endlich politisch unzweckmässig, weil der ungleiche Werth des Stimmrechts bei einem solchen System den Massen immer wieder anschaulich vor Augen geführt wird.

Die Römer sollen nun, wie Mommsen behauptet, trotzdem ein solches System gehabt haben, indem die 280 Centurien der vier unteren Classen nur 100 Stimmen abgaben. Nur in der ersten Classe führte, nach Mommsen, die einzelne Centurie auch eine einzelne Stimme. Daraus folgt ohne weiteres, dass in den vier unteren mindestens Zusammenlegungen von 2 und 3 Centurien vorgekommen sein müssen. Denn mit der Zusammenlegung von je 2 hätte man immer noch 140 Stimmen, also eine zu grosse Zahl erhalten.

Unbestritten hiessen die einzelnen Stimmkörper, welche in den Centuriatcomitien der ciceronianischen Zeit abstimmten,

¹⁾ Eine so künstliche politische Bildung, wie der deutsche Bundestag, kannte dies Stimmverfahren im „engeren Rath“, dessen 17 Stimmen in 11 Viril- und 6 Curiat-Stimmen zerfielen, neben dem entgegengesetzten im „Plenum“, wo 35 Staaten 66 Stimmen führten.

centuriae. Nach Varro de l. l. 7, 42 verkündete der praeco das Ergebniss der Abstimmung jeder Abtheilung mit den Worten olla centuria — — nämlich consulem dicit oder Aehnliches. Andererseits steht nicht minder fest¹⁾, dass die 10 Abtheilungen, in welche jede Tribus zerfiel — wir wollen vorübergehend für sie Tribuscenturien sagen — gleichfalls centuriae genannt wurden. Nach Mommsens Annahme sind beide nur in der ersten Classe einander gleich; die übrigen 280 Tribuscenturien waren nicht einer Stimmcenturie gleich, sondern die Hälfte oder ein Drittel einer solchen. Selbst eine theoretische Auseinandersetzung kommt nicht ohne unterscheidenden Zusatz aus. In Ciceros Zeit, da die militärische centuria mit der politischen nichts mehr gemein hatte, konnte man ohne Nachtheil für beide den gleichen Namen gebrauchen; denn es konnte im Zusammenhang der Rede nie ein Zweifel darüber entstehen, welche Art von Centurien gemeint sei. Aber bei dem engen sachlichen Zusammenhang von Tribuscenturien und Stimmcenturien war hier eine Bezeichnung, die eine Unterscheidung wenigstens möglich machte, nicht zu entbehren. Thatsächlich giebt es eine solche in der lateinischen Sprache nicht. Wir müssten ausserdem den Römern eine besonders sinnwidrige Redeweise zuschreiben. Der Censor musste zunächst, bevor er die Centurien der vier unteren Classen zusammenlegen konnte, auch für die zweite Classe eine centuria Romulia, eine centuria Voltinia, eine Veturia iuniorum bilden. Dann aber wurden in den Centuriatcomitien aus den drei centuriae eine centuria Romulia et Voltinia et Veturia iuniorum, die als centuria aufgerufen wurde? Dies erscheint kaum denkbar. Von einem dieser Art zusammengesetzten Stimmkörper konnte der praeco doch wohl nur sagen ollae centuriae.

Wir haben bisher immer nur im allgemeinen von der nothwendigen Reduction der Stimmen und von der Möglichkeit gesprochen, sie durch Zusammenlegung von je zwei und drei

¹⁾ Mommsens Staatsrecht III S. 277 bemerkt über die Abtheilungen, in welche die Tribus zerfielen: „Centurien heissen diese auf den Inschriften der Kaiserzeit und ihre Entstehung würde mit zwingender Nothwendigkeit diese Benennung fordern, auch wenn sie nicht urkundlich bezeugt vor uns läge.“

Centurien herbeizuführen. Es ist nothwendig, diesen Punkt jetzt näher zu untersuchen. Mommsen bemerkt (S. 278) über die Zusammenlegung von 280 Stimmabtheilungen zu 100 Gesamtstimmen:

„Man mag sich dies in der Weise veranschaulichen, dass etwa von den 70 Stimmabtheilungen der zweiten Classe 60 je drei und drei, 10 je zwei und zwei zusammengelegt wurden, und also aus ihren Abstimmungen 25 Stimmen hervorgingen. Dadurch erklärt sich denn auch, warum die Stimmen der ersten Classe mit dem Namen der Tribus unter Hinzufügung des Aufgebots benannt werden; in dieser Classe allein führte jede Stimmabtheilung eine eigene Stimme.“

Die hier vorgeschlagene Vertheilung ist arithmetisch natürlich unangreifbar, aber sie giebt von der wirklichen Stimmordnung kein zutreffendes Bild. Denn ein wesentlicher Umstand ist dabei ausser Acht gelassen. Dass die *centuriae seniorum* und *iuniorum* getrennt stimmten, steht vollkommen fest¹⁾. Eine Zusammenlegung einer *centuria seniorum* und einer *centuria iuniorum* zu einer Stimmcenturie wäre eine Verletzung eines der drei obersten Grundsätze der servianischen Verfassung gewesen. Denn immer werden als diese die Gliederung des Volkes nach *aetas*, *census*, *ordines* von den Alten bezeichnet. Eine *centuria Romulia seniorum et Voltinia iuniorum* wäre eine staatsrechtliche Ungeheuerlichkeit. Wir müssen also bei der von Mommsen vorgeschlagenen Vertheilung weiter fragen: wie wurden die 25 Stimmen auf die *seniores* und *iuniores* vertheilt? Da 25 nicht durch 2 theilbar ist, ergiebt sich die Antwort keineswegs von selbst. Und wer sich nicht aufs Rathen oder Probiren legen mag, wird wohl oder übel ein System unbestimmter Gleichungen (nämlich 4 mit 5 Unbestimmten) untersuchen müssen.

Es wäre aber verkehrt bei diesem einen zufällig gegebenen Fall stehen zu bleiben. *„Wie die 100 Stimmen unter die 4 Klassen vertheilt worden sind, wissen wir nicht und lässt sich nicht errathen“*, sagt Mommsen. Berechnen aber lässt sich, wie die Römer sie überhaupt vertheilen konnten.

¹⁾ Mommsen III S. 272 Anm. 1.

Sie durften keineswegs jede beliebige Zerfällung der Zahl 100 in 4 Summanden vornehmen. Sondern sie waren, selbst wenn man von allen praktischen Rücksichten absieht, nach den Annahmen Mommsens zunächst durch die Bedingung beschränkt, dass in keiner der 280 Abtheilungen der 4 unteren Classen eine Abtheilung eine eigene Stimme für sich führen durfte. Denn ausschliesslich in der ersten Classe war nach Mommsen die Tribuscenturie einer Stimmcenturie gleich. Ferner ist nach den Grundsätzen der servianischen Verfassung jede Zusammenlegung von *centuriae seniorum* und *iuniorum* zu einer Stimmabtheilung unmöglich. Endlich fordert der Begriff der Classe, wenn er nicht sinnlos werden soll, dass die Abtheilungen derselben Classe möglichst gleichartig behandelt werden müssen.

Fragen wir nun nach den verschiedenen Möglichkeiten, so haben wir natürlich nicht von den Stimmenzahlen der Classen auszugehen, sondern von der Art der Zusammenlegung. Drei Fälle sind in Betracht zu ziehen:

- 1) Zusammenlegung der Centurien derselben Classe nach je einer Zahl c_1, c_2, c_3, c_4 ;
- 2) nach je zweien $a_1 b_1, a_2, b_2$ u. s. w.;
- 3) Vereinigung beider Systeme¹⁾.

Das erste ist, wie die Rechnung ergeben wird, unmöglich; der dritte Fall scheidet aus praktischen Gründen aus. Es bleibt also nur die Zusammenlegung nach je 2 Zahlen.

Mit Hilfe der unbestimmten Analysis kann man ohne Schwierigkeit eine Tabelle sämtlicher möglichen Vertheilungen entwerfen, die sich in wenige Classen zusammenfassen lassen. Aber wir haben zu bedenken, dass es sich um den Entwurf einer Wahlordnung für 4 Classen handelt. Man wird bei einer solchen nach möglichster Gleichförmigkeit streben, schon aus dem praktischen Grunde²⁾, die Abstimmungen möglichst einfach zu gestalten. Um im Folgenden den langathmigen Ausdruck „die je 35 Centurien *seniorum* und *iuniorum* derselben Classe“ nicht beständig zu wiederholen, ersetzen

¹⁾ Denkbar und mathematisch noch ausführbar ist eine Zusammenlegung auch mit Verwendung von je 3 Zahlen. Aber dieser Fall kommt nicht mehr in Betracht, weil es sich für uns nur um die Ermittlung der einfachsten Möglichkeiten handelt. — ²⁾ Auch ist es schwieriger, die ungleichartigen Vertheilungen zu finden, als die einfachen.

wir ihn (nur in der mathematischen Erörterung) durch die Bezeichnung „Halbclasse“.

Eine vollkommen gleichartige Behandlung der 4 Classen ist unmöglich; denn in diesem Fall müsste jede Classe 25 Stimmen führen, also müssen je 2 Halbclassen verschieden behandelt werden. Wir haben demnach 2 Fälle zu unterscheiden:

- I. Je 2 Halbclassen werden gleichartig behandelt: die Stimmenzahlen der 4 Classen können nicht alle gleich sein.
- II. Die Stimmenzahlen der 4 Classen sind gleich: die Halbclassen können nicht ganz gleichartig behandelt werden.

Bezeichnen wir die Zahlen $a_1 b_1, a_2 b_2$ u. s. w., nach welchen die Zusammenlegung erfolgt, als Reductionszahlen, dagegen die Zahlen derjenigen 2 Gruppen von Centurien, welche in jeder Halbclasse nach a_1 und b_1 zusammen gelegt werden als Gruppenzahlen, dann kann eine gleichförmige Ordnung nur nach 2 Richtungen hin erstrebt werden:

- A) Die 2 Reductionszahlen sind für alle Classen gleich, z. B. 2 und 3.
- B) Die 2 Gruppenzahlen aller Halbclassen sind gleich, z. B. 8 und 27.

Aus der Vereinigung beider Eintheilungen ergeben sich 4 Arten der Zusammenlegung. Sie umfassen alle Möglichkeiten, bei denen irgend welche Regel der Vertheilung herrscht, und sie stellen darum die einfachsten Möglichkeiten dar, die 100 Stimmen auf die 280 Centurien zu vertheilen.

Die sachliche Bedingung gleicher Behandlung der Halbclassen findet mathematisch darin ihren Ausdruck, dass wir die Vertheilung von 50 Stimmen auf $4 \times 35 = 140$ Centurien untersuchen und dann die Ergebnisse mit 2 multipliciren. Die andere Bedingung, dass keine Centurie für sich eine Stimme führen darf, lautet mathematisch: sämtliche Reductionszahlen müssen ganze Zahlen, grösser als 1 sein.

Wir behandeln nunmehr die einzelnen Fälle.

Wir fragen zuerst: welche Möglichkeiten der Zusammenlegung giebt es, wenn man nur fordert, dass in jeder der 4 Classen die Centurien nach je einer Zahl c_1, c_2, c_3, c_4 ,

über deren Verschiedenheit oder Gleichheit nichts bestimmt wird, vereinigt werden. Es giebt mathematisch¹⁾ nur 2 Lösungen:

$$c_1 = 1 \quad c_2 = 5 \quad c_3 = 5 \quad c_4 = 35$$

$$c_1 = 1 \quad c_2 = 7 \quad c_3 = 7 \quad c_4 = 7$$

Die erste Werthreihe bedeutet: es führt in Classe II je 1 Centurie eine Stimme, in III und IV je 5, in V je 35 Centurien. Dies ergibt folgende Vertheilung der Stimmenzahl:

$$70 + 14 + 14 + 2 = 100,$$

im zweiten Fall:

$$70 + 10 + 10 + 10 = 100.$$

Beide Möglichkeiten sind ausgeschlossen, weil noch eine Classe ausser der ersten 70 Stimmen führt.

Es ergibt sich ferner: wenn man ein gemischtes System der Reduction haben wollte der Art, dass einzelne Classen nach 1, andere nach 2 Reductionszahlen zusammengelegt werden, so konnten für die ersten nur die Werthe 5, 7, 35 verwandt werden. Da aus praktischen Gründen an eine Zusammenlegung von 5 oder 7 oder gar 35 Centurien zu einem Stimmkörper nicht gedacht werden kann, ist es unnütz, die einzelnen Möglichkeiten weiter zu verfolgen.

¹⁾ Die gesuchten Zahlen müssen Divisoren von 35 sein; sämtliche Divisoren von 35 sind

$$1, 5, 7, 35.$$

Die Stimmenzahlen der 4 Halbclassen sind die zugehörigen Quotienten

$$35, 7, 5, 1.$$

Um die sämtlichen Lösungen zu erhalten, hat man nur zu ermitteln, welche Combinationen dieser 4 Elemente zu je vierten mit Gestattung beliebiger Wiederholung der Elemente unter den 35 möglichen die Summe 50 ergeben. Da $7 + 7 + 7 + 7 = 28$ ist, so muss das Element 35 ein Mal vorkommen; der Rest 15 lässt sich durch 7, 5, 1 nur darstellen durch $3 \cdot 5$ oder $2 \cdot 7 + 1$. Also ergeben die verlangte Summe nur die beiden Combinationen

$$35, 7, 7, 1$$

$$35, 5, 5, 5.$$

Ihnen entsprechen die Divisoren

$$1, 5, 5, 35$$

$$1, 7, 7, 7.$$

Bei der Vertheilung nach 2 Zahlen ist nach dem Vorhergehenden zu unterscheiden:

I. Gleiche Behandlung der Halbclassen;

II. Ungleiche.

I A: Ueber die Stimmenzahl der Classen wird gar keine Bestimmung getroffen, es wird nur verlangt, dass die Zusammenlegung in allen Classen nach denselben 2 Reductionszahlen a und b erfolgt, die beide grösser als 1 sein müssen ¹⁾. Diese scheinbar sehr unbestimmte Aufgabe hat nur 2 Lösungen:

$$a = 2, b = 3$$

$$a = 2, b = 7.$$

Praktisch kann nur das erste Werthpaar in Betracht kommen, das eine doppelte Anordnung liefert. Ich schreibe sie der Kürze halber hier und im Folgenden in der Form von Gleichungen.

a) Die Halbklasse II wird so geordnet:

$$\frac{14}{2} + \frac{21}{3} = 14$$

das heisst, 14 Centurien zu 2 und 21 Centurien zu 3 zusammengelegt, in Summa 35 Centurien haben 14 Stimmen. In III—V:

$$\frac{2}{2} + \frac{33}{3} = 12.$$

Also ist die Vertheilung der Stimmen auf die 4 Classen folgende:

$$28 + 24 + 24 + 24 = 100.$$

b) In Classe II und III:

$$\frac{8}{2} + \frac{27}{3} = 13$$

in IV und V:

$$\frac{2}{2} + \frac{33}{3} = 12.$$

$$\text{Also: } 26 + 26 + 24 + 24 = 100.$$

¹⁾ Von der Mittheilung der mathematischen Begründung haben wir aus äusserlichen Gründen Abstand nehmen müssen. Es handelt sich im wesentlichen um einfache Aufgaben der Zahlentheorie, die sich elementar in den Formen unbestimmter Gleichungen behandeln lassen. Dass die vorgelegten Lösungen die einfachsten möglichen sind, erhellt unmittelbar ohne Rechnung. Denn die kleinsten möglichen Werthe für zwei Reductionszahlen sind 2, 3, für drei 2, 3, 4. Da ferner in den Fällen I A und I B eine vollkommen identische Behandlung der vier

I B. Wir verlangen jetzt, dass die Zahlen der 2 Gruppen der Centurien, welche in jeder Halbklasse zusammen gelegt werden, überall gleich sind. Dann können, wie vorher bemerkt ist, die Reductionszahlen nicht sämmtlich gleich werden. Der einfachste Fall, bei dem die grösste Regelmässigkeit erzielt wird, ist der, wenn sie für 3 Classen gleich bleiben. Es giebt mathematisch 6 Arten von Lösungen, von denen nur eine einzige praktisch möglich ist, die zufällig auch die vollkommenste ist.

In Classe II, III, IV ist jede Halbklasse so geordnet:

$$\frac{8}{2} + \frac{27}{3} = 13$$

in Classe V:

$$\frac{8}{4} + \frac{27}{3} = 11.$$

Also:

$$26 + 26 + 26 + 22 = 100.$$

II A. Verlangt man, dass sämmtliche 4 Classen die gleiche Stimmenzahl 25 erhalten, so müssen die zugehörigen Halbclassen eine verschiedene Stimmenzahl haben. Die Anwendung von je einer Reductionszahl für beide Halbclassen oder die Anwendung von einer für die eine, von zweien für die andere ist hier selbst mathematisch unmöglich. Es müssen mindestens 2 für jede verwandt werden. Sollen sie für beide Abtheilungen gleich sein, so giebt es wie in I A nur die Werthpaare 2, 3 und 2, 7. Das erste liefert folgende Anordnung:

$$\frac{2}{2} + \frac{33}{3} = 12$$

$$\frac{8}{2} + \frac{27}{3} = 13.$$

II B. Es sollen jetzt die Gruppenzahlen der Centurien in den beiden Halbclassen gleich werden. Es giebt nur eine einzige Lösung:

$$\frac{20}{2} + \frac{15}{3} = 15$$

$$\frac{20}{4} + \frac{15}{3} = 10.$$

Classen ausgeschlossen ist, so können höchstens drei Classen identisch behandelt werden. Dies geschieht in den im Text gegebenen Lösungen bei I A a und I B.

Was ist das Ergebniss dieser Rechnungen? Wir haben weder zu „errathen“ noch zu bestimmen gesucht, was die Römer gethan haben. Aber wir haben erschöpfend¹⁾ die Möglichkeiten bestimmt, nach denen sie die ihnen zugeschriebenen Reductionen vornehmen konnten, falls noch irgend welche Regelmässigkeit in der Anordnung walten sollte, und wir haben die einfachsten 4 Fälle berechnet. Jede Berufung auf unbekannte, noch einfachere Arten ist damit abgeschnitten. Nun dürfte zwar ein Anhänger der Reductionshypothese keineswegs behaupten, dass die Römer eine der 4 einfachsten Formen gefunden hätten, da sie mit ihren mathematischen Mitteln nicht im Stande waren, diese zu berechnen. Wir aber wollen annehmen, dass sie durch Probiren auf eine dieser 4 einfachsten Lösungen gekommen waren und eine benutzten.

Prüft man sie auf ihre praktische Verwendbarkeit als Abstimmungsordnungen, so ist ein schwerer Mangel allen gemeinsam: sie heben durch die Anwendung von wenigstens 2 Reductionszahlen²⁾ für alle vier unteren Classen den Be-

¹⁾ Dieser Satz ist zwar im vorhergehenden sachlich genügend begründet; doch sei noch bemerkt, dass er sich mit mathematischer Strenge beweisen lässt, wenn man die Aufgabe, welche die Römer angeblich zu lösen hatten, mathematisch formulirt.

Bezeichnet man mit

$x_1 \xi_1, x_2 \xi_2 \dots$ die Gruppenzahlen

$z_1 \zeta_1, z_2 \zeta_2 \dots$ die Reductionszahlen

jeder der 4 unteren Halbclassen, so erhält man als allgemeinste Form der Aufgabe bei gleicher Behandlung der Halbclassen:

$$\left(\frac{x_1}{z_1} + \frac{\xi_1}{\zeta_1}\right) + \left(\frac{x_2}{z_2} + \frac{\xi_2}{\zeta_2}\right) + \left(\frac{x_3}{z_3} + \frac{\xi_3}{\zeta_3}\right) + \left(\frac{x_4}{z_4} + \frac{\xi_4}{\zeta_4}\right) = 50$$

$$x_1 + \xi_1 = x_2 + \xi_2 = x_3 + \xi_3 = x_4 + \xi_4 = 35.$$

In diesem System müssen die Unbestimmten

1) als ganze positive Zahlen > 1 ,

2) so bestimmt werden, dass die in der ersten Gleichung auftretenden Brüche ganze Zahlen werden.

Aus dem Anblick der ersten, der Hauptgleichung ergibt sich ohne weiteres, dass die 16 Unbestimmten mindestens 5 numerisch verschiedene Werthe erhalten müssen. — Dieser Satz bleibt unverändert auch dann bestehen, wenn man zuerst jede beliebige Ungleichheit in der Behandlung der Halbclassen zulässt. Die erste Gleichung erhält dann 8 symmetrische Glieder, deren Summe 100 ist, in der zweiten Reihe treten ebenso 8 gleiche Summen auf. — ²⁾ Selbst wenn man sich nicht gescheut hätte, je 5 oder 7 Centurien zusammenzulegen, so war

griff der Classe thatsächlich auf. Denn was soll eine Classe, die in der reformirten Verfassung ausschliesslich politische Bedeutung hatte — — was sollte sie noch bedeuten, wenn die ihr Angehörigen verschieden behandelt wurden? Unter der Annahme, dass alle 4 Classen die gleiche Stimmenzahl 25 hatten, wird die ungleiche Behandlung noch dahin gesteigert, dass die *centuriae seniorum* und *iuniorum* derselben Classe in Stimmenzahl und Gruppierung verschieden behandelt wurden.

Vergleicht man ferner die Regelmässigkeit der Anordnung, so haben die beiden Systeme mit 2 gleichen Reductionszahlen den Vorzug, dass durch alle 4 Classen ein und derselbe Grundsatz angewandt wird.

Aber man darf sich darüber nicht täuschen: die also erzielte Regelmässigkeit hat nur ein papierenes Dasein für denjenigen, welcher mit mathematischem Auge die Gliederung ansieht. Eine Regelmässigkeit dieser Art ist für die lebendige Wirklichkeit überhaupt nicht vorhanden.

Diesen Fehler vermeidet das andere System, in welchem die Gruppenzahlen der Centurien gleich sind. Dass in jeder Hälfte jeder Classe immer je 8 und je 27 Centurien eine Gruppe für sich bilden, das ist eine äusserlich merkbare Ordnung, die als solche empfunden werden kann. Aber dafür müssen hier 3 Reductionszahlen verwandt werden, und bei den kleinsten möglichen Werthen 2, 3, 4 muss zwei oder vier Mal eine Zusammenlegung von 4 *centuriae* zu einer *centuria* stattfinden.

So geben die 4 einfachsten Formen an Mangelhaftigkeit einander nichts nach. Und nun hat man noch zu bedenken, dass diese 4 Classen mit ihrem verwickelten Mechanismus nicht allein standen, sondern die Theile einer Abstimmungsordnung waren, in der ausserdem noch andere Grundsätze galten. Wie verwickelt die Bildung der *comitin centuriata*

dies Verfahren nur für 1 Classe möglich, die dann 14 oder 10 Stimmen erhielt. Denn wenn man es auf 2 Classen anwenden und jeder selbst 14 Stimmen geben wollte, so blieben noch 72 Stimmen zu vertheilen; auf den Rest von 140 Centurien können aber 72 Stimmen nicht vertheilt werden, ohne dass wenigstens 4 Centurien je eine volle Stimme führen, was ja verboten ist. Also für 3 Classen war die Verwendung von 2 Reductionszahlen nicht zu vermeiden. Im übrigen hätte ein solches gemischtes System noch ärgere Mängel als die Systeme mit durchgehender Gliederung nach 2 Zahlen.

bei dem angeblichen Reductionssystem gewesen sein müsste, wird am anschaulichsten werden, wenn wir die gesammte Anordnung für einen der 4 einfachsten Fälle übersichtlich aufstellen. Wir wählen als Beispiel den Fall, wo die 4 Classen gleiche Stimmenzahl haben, und die Centurien durchgehend zu 2 und 3 zusammengelegt werden. Dann ergibt sich unter den Annahmen Mommsens folgende Gliederung:

I. Classe	70 C. zu 1	70 Stimmen
II. Classe	35 C. sen.	
	8 zu 2 = 4	
	27 zu 3 = 9	
	<u>13</u>	
	35 C. iun.	
	2 zu 2 = 1	
	33 zu 3 = 11	
	<u>12</u>	
	70 C.	25 „
III. Classe	70 C. (wie in II gruppirt)	25 „
IV. Classe	70 C. „ „ „ „	25 „
V. Classe	70 C. „ „ „ „	25 „
Ritter	18 C. zu 1	18 „
Zusatz-Cent.	5 C. zu 1	5 „
	<u>373 C.</u>	<u>193 St.</u>

An Verwickeltheit und Verwicktheit dürfte dieses für grosse Massen bestimmte System vergebens seinesgleichen suchen. Ihm gegenüber ist die ursprüngliche servianische Ordnung von wahrhaft idealer Einfachheit. Denn in ihr führt jede Abtheilung (Centuria) gleichmässig eine Stimme, und die Abstufung der Stimmzahlen der Classen beschränkt sich auf die runden Zahlen 80, 20, 30.

Niemand wird einem so kaufmännisch nüchternen und praktischen Volke, wie es die Römer waren, andichten wollen, es habe aus abderitischer Wonne am Wahnwitz eine verhältnissmässig einfache Ordnung mit einer sehr verwickelten vertauscht. Nur die allerzwingendsten Gründe konnten eine solche 'reformatio in peius' veranlassen. Sind solche nachweisbar oder auch nur denkbar?

Aehnlich wie früher Gerlach¹⁾ spricht jetzt Mommsen von dem „*eigensinnigen Festhalten*“ der Römer an der Zahl von 170 (Stimm-) Centurien für die 5 Classen. Es mangelt an jedem Beleg dafür, dass die Römer die Zahl 170 oder 193 für besonders heilig gehalten hätten. Die Berufung auf den Eigensinn enthält also nichts weiter als das ausdrückliche Zugeständniss, dass ein vernünftiger Beweggrund der Römer, ein so unzweckmässiges System anzunehmen, schlechterdings nicht zu entdecken ist.

Fragen wir weiter nach dem politischen Zweck der ganzen Umgestaltung, so kommen hier jene Veränderungen nicht in Betracht, welche vermuthungsweise mit der Reform als allgemeiner politischer Maasregel in Verbindung gebracht werden, die Abschaffung des Vorstimmrechts der Ritter, die Herabsetzung des Minimalcensus, die aber mit der besonderen Form der Veränderungen der Centurienzahlen nichts zu thun haben. Nun ist heute allgemein anerkannt, dass die Centurienordnung zur Zeit der Reform bereits ihre unmittelbare militärische Bedeutung verloren hatte. Für die Art der Umgestaltung kamen also nur politische Beweggründe in Betracht. Das einzige Ergebniss der von Mommsen behaupteten Aenderung wäre dies gewesen: während in der ursprünglichen Ordnung die erste Classe mit den Rittern allein die Mehrheit hatte, war jetzt noch das Hinzutreten von wenigstens 8 Centurien der zweiten Classe erforderlich. Den Werth dieser Aenderung hat Mommsen selbst (S. 275) bezeichnet: „*für das Uebergewicht der Vermögenden ist es von geringem Gewicht, ob 99 Centurien gegen 94 oder 89 gegen 104 stehen, eigentlich nur eine Wahrung der Schicklichkeit, dass nicht die erste Classe allein entscheiden kann.*“ Dieser Zweck liess sich unter Beibehaltung aller übrigen Zahlen einfach dadurch erreichen, dass man der ersten Classe 70 statt 80, der zweiten statt der früheren 20 Stimmen 30 gab.

Aber man wird auf die Bedeutung hinweisen, welche die Uebertragung der servianischen Gliederung vom Volk auf die einzelnen Tribus beanspruchen kann.

Reale Folgen dieser Uebertragung waren aber unter den Annahmen Mommsens auf die erste Classe beschränkt. Denn

¹⁾ Historische Studien I S. 410.

der Censor musste zwar in jeder Tribus zuerst je 5 Centurien der seniores und iuniores bilden, aber es gewannen reale Existenz als politische Körper davon nur die beiden ersten, welche die seniores und iuniores der ersten Classe umfassten. Alle übrigen hatten Bedeutung nur für den Censor, insofern er auf Grund der ersten Liste nunmehr die wirkliche Ordnung der Centuriatcomitien feststellte. Er musste bei den beiden einfachsten Reductionssystemen nach 2 und 3 für die 4 unteren Classen 20 mal die Tribulen von 2 Tribus, 80 mal die Tribulen von 3 verschiedenen zu je einer Stimmcenturie vereinigen. Ein solches Verfahren kann kaum noch als Uebertragung der servianischen Ordnung auf die einzelnen Tribus bezeichnet werden.

Der einzige praktische Erfolg¹⁾ wäre gewesen, dass diejenigen Tribulen der ersten Classe, welche einer tribus urbana angehörten, auf 8 Centurien beschränkt wurden.

Bei der grossen Freiheit, welche die Censoren in der Eintheilung der Bürgerschaft noch lange nach Einführung der Reform besaßen, hätte sich eine solche Einschränkung leicht durchführen lassen, ohne dass man nöthig hatte, einen Apparat von 350 Abtheilungen zu schaffen, aus denen 170 andere gemacht wurden. Es ist freilich kein Beweis gegen die Wirklichkeit einer behaupteten Thatsache, dass sie eine Verkehrtheit der Handelnden in sich schliesst. Aber ein so arges Missverhältniss zwischen Zweck und Mitteln, wie wir es bei den Annahmen Mommsens den Römern zuschreiben müssten, ist so lange ein schwerwiegender Einwurf, als das Bestehen der angenommenen Ordnung nicht durch unangreifbare Zeugnisse bewiesen ist.

Fassen wir das Ergebniss unserer bisherigen Auseinandersetzungen zusammen, so ist gegen die Annahme, dass in der reformirten Verfassung 280 Abtheilungen der 4 unteren Classen zu 100 Stimmkörpern zusammengelegt wurden, folgendes einzuwenden:

¹⁾ Mochte die Gliederung jeder Tribus in 10 Centurien auch in späterer Zeit für Spenden und für innere Angelegenheiten der Tribus Bedeutung gewinnen, so kommt doch diese spätere Entwicklung nicht in Betracht für die Frage, aus welchen Gründen und zu welchen politischen Zwecken ursprünglich die neue Organisation der Bürgerschaft vorgenommen wurde.

1) Schon die einfachsten möglichen Formen der Reduction bedingen eine äusserst verwickelte Bildung der Centuriatcomitien; sie zerstören thatsächlich die Ordnung nach Classen, weil in den 4 unteren die Angehörigen derselben Classe verschieden behandelt werden müssen.

2) Irgend ein Grund, welcher die Römer gezwungen hätte, eine Umwandlung der Wahlordnung in dieser Weise vorzunehmen, ist weder nachweisbar noch denkbar. Die geringfügigen politischen Veränderungen, welche das Reductionssystem herbeigeführt hätte, wären durch leichte Aenderungen der Stimmenzahlen der Classen der servianischen Verfassung zu erzielen gewesen.

3) Der anerkannte Grundgedanke der reformirten Verfassung, die Uebertragung der servianischen Ordnung vom gesammten Volk auf die einzelnen Tribus, verliert durch das behauptete Reductionssystem jede politische Bedeutung.

4) Es ist höchst unwahrscheinlich, dass gleichzeitig eine jede der 10 Abtheilungen, in welche eine Tribus zerfiel, *centuria* hiess, und dass es für einen aus 2 und 3 *centuriae* zusammengesetzten Stimmkörper wiederum nur die Bezeichnung *centuria* gab.

5) Die Behauptung, dass in der reformirten Verfassung die Gesamtzahl der Stimmen die gleiche wie in der ursprünglichen gewesen sei, steht im Widerspruch zu Livius ausdrücklichem Zeugnis.

III.

Die Nothwendigkeit, eine so überaus künstliche Stimmordnung bei den Römern anzunehmen, soll, wie Mommsen behauptet, aus der vielberufenen Stelle Ciceros *de re publ.* 2, 22 folgen, die schon so viel Verwirrung gestiftet hat.

Dieses Bruchstück lautet: duo de viginti censu maximo deinde equitum magno numero ex omni populi summa separato reliquum populum distribuit in quinque classis senioresque a iunioribus divisit, easque ita disparavit, ut suffragia non in multitudinis sed in locopletium potestate essent, curavitque quod semper in re publica tenendum est, ne plurimum valeant plurimi. quae discriptio si esset ignota vobis, explicaretur a me. nunc rationem videtis esse talem, ut equitum *centuriae* cum sex suffragiis et prima classis addita *centuria*, quae ad

summum usum urbis fabris tignariis est data, LXXXVIII centurias habeat quibus ex centum quattuor centuriis — tot enim reliquae sunt — octo solae si accesserunt, confecta est vis populi universa reliquaque multo maior multitudo sex et nonaginta centuriarum neque excluderetur suffragiis, ne superbum esset, nec valeret nimis, ne esset periculosum. in quo etiam verbis ac nominibus ipsis fuit diligens, qui cum locupletis assiduos appellasset ab aere dando, eos qui aut non plus mille quingentos aeris aut omnino nihil in suum censum praeter caput attulissent proletarios nominavit, ut ex iis quasi proles id est quasi progenies civitatis exspectari videretur. illarum autem sex et nonaginta centuriarum in una centuria tum quidem plures censebantur quam paene in prima classe tota. ita nec prohibebatur quisquam iure suffragii et is valebat in suffragio plurimum, cuius plurimum intererat esse in optimo statu civitatem. quin etiam accensis velatis, liticinibus, cornicinibus, proletariis

Wir haben im vorstehenden die Hauptstelle nach den Lesarten der zweiten Hand gegeben; nach der ersten lautet sie: rationem videtis esse talem ut equitum certamine cum et suffragiis et prima classis addita centuria, quae ad summum usum urbis fabris tignariis est data, VIII centurias — tot enim reliquae sunt — octo solae si accesserunt confecta est etc.

Nachdem über diese Stelle bereits ohne Ende gestritten war, erwarb sich, wie bekannt, Ritschl ¹⁾ das Verdienst zuerst einmal sie, unabhängig von allen antiquarischen Erwägungen, nach der Seite der handschriftlichen und rein philologischen Kritik zu untersuchen.

Er legte scharfsinnig die Bedenken dar, welche die Fassung der zweiten Hand erweckt, und kam zu dem Ergebniss, dass ihr kritisch jeder Werth abzusprechen sei, und dass aus der allein maasgebenden ersten Hand Ciceros Worte nicht sicher hergestellt werden könnten. Gegen diese Beurtheilung der handschriftlichen Ueberlieferung sind Einwände von Huschke, Madvig und anderen erhoben worden. Aber ein überzeugender Gegenbeweis ist bisher nicht erbracht. Zur Sicherung einer

¹⁾ Rheinisches Museum VIII (1853) S. 308 ff., Erwiderungen von Huschke und Lange ebendort S. 404 und 616, zusammen wieder abgedruckt in Ritschls Opuscula III S. 360 ff.

unsagbar bestrittenen Stelle will ich hier einen anderen Weg einschlagen, bei dem wir die zweite Hand und ihr Verhältniss zur ersten vorläufig vollkommen bei Seite lassen. Die erste Hand liefert für sich ganz unverständliche Sätze. Nach anerkannten kritischen Grundsätzen haben wir gerade darum die Gewähr, dass sie, wenngleich verderbte, doch echte, das heisst nicht durch Interpolation entstellte, Reste der Ueberlieferung giebt. Es ist also zu untersuchen, ob sich aus dem Zusammenhang, in welchem die Stelle steht, und aus diesen Resten nicht ermitteln lässt, was dem Sinne nach Cicero geschrieben hat, sollten sich gleich seine Worte nicht sicher wiederherstellen lassen. Diese Untersuchung darf als selbstverständlich nichts voraussetzen; denn es giebt nichts, was in dem endlosen Hader über diese Worte nicht schon in Zweifel gezogen wäre. Wer einmal an einer Berglehne über Geröll wanderte, weiss, wie man dabei sorgsam jede Stelle zu prüfen hat, auf die man hintreten will; wo man aber den Fuss hinsetzt, von da rieselt mürbes Gestein in die Tiefe.

1) Das Bruchstück beginnt: duo de viginti censu maximo, deinde equitum magno numero ex omni populi summa separato reliquum populum distribuit. Nach der übereinstimmenden römischen Ueberlieferung¹⁾ schreibt also auch Cicero der servianischen Verfassung 18 Rittercenturien zu und lässt sie aus Leuten censu maximo bestehen. Er hat vorher (2, 20, 36) von Tarquinius Priscus berichtet: deinde equitatum ad hunc morem constituit qui usque adhuc est retentus sed tamen prioribus equitum partibus secundis additis MDCCC²⁾ fecit equites numerumque duplicavit. Aus diesen Worten lässt sich zwar nicht mit Sicherheit folgern, dass nach Cicero allezeit nur 1800 equites (im strengsten Sinne: equites Romani equo publico) vorhanden waren³⁾; aber mit Wahrscheinlichkeit

¹⁾ Nur auf diese kommt es bei der Frage an, was Cicero dem Sinne nach geschrieben hat. Ob die Ueberlieferung thatsächlich richtig ist oder nicht, ob z. B. wirklich die Ritter von Anfang an aus den Höchstbesteuerten genommen wurden (Livius 1, 43, 8. 9; Dionys 4, 18), ist hier gleichgültig. — ²⁾ Diese Verbesserung Zumpt's für das unmögliche macc ist allgemein angenommen. — ³⁾ Diese Folgerung wäre sicher nur dann, wenn Cicero statt ad hunc morem ein hunc numerum equitatus constituit oder ähnliches geschrieben hätte.

doch soviel, dass auch Cicero für die Königszeit 100 Mann als Normalstärke der *centuria equitum* betrachtete ¹⁾).

2) Aus den mehrfachen Wiederholungen in c. 22 ergibt sich, dass Cicero an der servianischen Verfassung als das wesentliche hervorhebt, trotz dem allgemeinen Stimmrecht habe die Entscheidung in den Händen der Besitzenden gelegen. Die Reste der ersten Hand beweisen, dass er an der angefochtenen Stelle die Bildung der Mehrheit näher auseinandersetzte.

3) Die Zahl der Minderheit steht durch die Wiederholung an der zweiten, kritisch ganz sicheren Stelle fest; sie ist nach Cicero 96. Auch über ihre Zusammensetzung erhalten wir durch einen bisher unbeachtet gebliebenen Satz näheren Aufschluss: *illarum autem sex et nonaginta centuriarum in una centuria tum quidem plures censebantur quam paene in prima classe tota*. Ist hier mit *una centuria* eine einzige, bestimmte Centurie aus der Zahl jener 96 gemeint? Dagegen spricht von vorneherein, dass Cicero nach dem gewöhnlichen, auch von ihm beobachteten Sprachgebrauch dann nicht den Genetiv, sondern die Präpositionen *ex* oder *de* gebraucht hätte. Wollte man trotzdem Ciceros Worte auf eine einzelne bestimmte Centurie beziehen, so könnte nur an die *centuria proletariorum* gedacht werden. Aber diese hat Cicero im vorhergehenden noch gar nicht erwähnt; erst am Ende unseres Bruchstückes kam er auf sie zu reden. Vor allem aber ist gegen diese Annahme einzuwenden das durch die Stellung stark betonte *illarum autem sex et nonaginta centuriarum* und der Zusammenhang. Kam es Cicero nur auf die *centuria proletariorum* an, so begreift man nicht, warum er auf die 96 zurückgriff; ebensowenig, wie er, lediglich auf eine einzige Centurie gestützt, die allgemeine Bemerkung wiederholt *ita nec prohibebatur quisquam iure suffragii et is valebat etc.*

Also nicht 1 Centurie im Gegensatz zu 2 oder mehreren, auch nicht eine einzige, bestimmte aus der Zahl der 96 Centurien, sondern eine einzelne Centurie im Gegensatz zur *prima classis tota* hat Cicero gemeint; *una* steht, wie so häufig bei

¹⁾ Wahrscheinlich hat Cicero dem König Servius keine Vermehrung, sondern nur die Formation in 18 Centurien zugeschrieben.

Cicero, im Gegensatz zu totus gleich wie centuria zu classis. Nur daraus erklärt sich auch, dass Cicero, um den Gegensatz äusserlich scharf hervorzuheben, trotz dem vorangegangenen centuriarum zu una noch einmal centuria wiederholt. Cicero sagt also: was aber jene 96 Centurien anlangt¹⁾, so befanden sich in der einzelnen dieser Centurien damals mehr Leute als in der ganzen ersten Classe²⁾.

Aus dieser Gegenüberstellung folgt, dass Cicero unter den 96 centuriae der Minderheit keine Centurie der ersten Classe gezählt haben kann, sondern dass bei ihm die ganze erste Classe zur Bildung der Mehrheit verwandt war. Da Cicero ferner die Rittercenturien wahrscheinlich zu 100 Mann angesetzt hat, sicher aber aus den allerreichsten Leuten (censu maximo) bestehen lässt, so kann sich unter den 96 Centurien der Minderheit ebensowenig eine centuria equitum befunden haben; für eine solche wäre der Satz sinnlos, dass in ihr mehr Leute waren, als in der ganzen ersten Classe. Nur aus Ciceros kritisch sicheren Worten haben wir damit die Thatsache bewiesen:

in der Berechnung der Mehrheit, welche Cicero anstellte, kamen die sämtlichen Centurien der ersten Classe und die 18 Rittercenturien als Summanden vor.

Damit haben wir eine vollkommen sichere Grundlage für die Beurtheilung der verderbten Hauptstelle gewonnen. Alle die künstlichen Versuche gewaltsamer Textänderungen, welche Centurien der ersten Classe oder der Ritter in die Minderheit brachten, um die Zahl 80 für Cicero zu retten, sind ein für alle Mal erledigt.

4) Der Zusammenhang der Stelle lässt die Angabe der grössten möglichen Minderheit gegen die kleinste Mehrheit erwarten. Denn dies war für Cicero die natürlichste und zugleich überzeugendste Art, seinen allgemeinen Satz zu beweisen. Wenn die Minderheit nach Cicero 96 war, so betrug die Mehrheit 97 oder 98³⁾, die Gesamtzahl 193 oder 194. Die erste Zahl wird bekanntlich von Dionys that-

¹⁾ Diese deutsche Umschreibung entspricht genau der lateinischen Wortstellung. — ²⁾ Die Frage, ob diese Angabe Ciceros sachlich richtig oder übertrieben ist, gehört nicht hierher. — ³⁾ Das eine ist an sich so gut möglich wie das andere; man denke an die 30 Curien.

sächlich als Gesammtzahl überliefert; aus Livius einzelnen Ansätzen ergiebt sich 194, doch nennt er diese Zahl nicht. Wir wollen aber, um ganz sicher vorzugehen, vorläufig die Möglichkeit bestehen lassen, dass eine römische Ueberlieferung wirklich 194 als Gesammtzahl angab.

In jedem Fall dürfen wir aus der Uebereinstimmung der aus Cicero erschlossenen und der thatsächlich überlieferten Zahlen folgern, dass Cicero die Mehrheit entweder auf 97 oder auf 98 bezifferte.

5) Wir untersuchen jetzt, wie Cicero die Mehrheit gebildet haben kann.

Die erste Hand bietet: *octo solae si accesserunt confecta est vis populi universa reliquaque multo maior multitudo sex et nonaginta centuriarum neque excluderetur suffragiis ne superbum esset nec valeret nimis ne esset periculosum*. Vergleichen wir damit die späteren sicheren Worte *illarum autem sex et nonaginta centuriam ita nec prohibebatur quisquam iure suffragii et is valebat in suffragio plurimum, cuius plurimum intererat esse in optimo statu civitatem*, so ergiebt sich aus der Uebereinstimmung, dass jene ersten Worte wenigstens von *reliquaque* ab ihrem Inhalt nach richtig überliefert sind. Es schliesst sich ferner von *octo solae* an alles inhaltlich gut zusammen; nur die Annahme von Constructionsfehlern, wie eines falschen Modus oder einer falschen Verbindung, wie etwa *reliquaque* für *ut reliqua*, bleibt offen. Die kritisch unangreifbaren Worte *octo solae si accesserunt* zeigen, dass Cicero die Mehrheit in folgender Form entstehen liess: wenn zu *x* Centurien nur noch 8 hinzugetreten sind, ist die Mehrheit fertig. Durch diese Fassung wird zunächst bestätigt, was wir vorher schon erschlossen, dass Cicero die kleinste Mehrheit der grössten Minderheit gegenüberstellt. Wir haben ferner aus Cicero selbst bewiesen, dass er in der Mehrheit sämtliche Centurien der ersten Classe und die 18 Rittercenturien aufführte. Die Spuren der ersten Hand zeigen, dass er nach der alten Abstimmungsordnung zuerst die Ritter, dann die *prima classis* genannt hatte.

Unter den Centurien der ersten Classe gab es nur den Unterschied der *seniores* und *iuniores*. Da Cicero an der ganzen Stelle nur vom Gegensatz der Besitzenden und minder

Begüterten handelt, kam diese Scheidung für ihn nicht in Betracht.

Unter den 18 Rittercenturien wurden nach Livius (1, 43) und anderen Zeugnissen unterschieden eine Gruppe von 12 und von 6 Centurien; die letztere nennt Festus (p. 334) *sex suffragia*, Livius (1, 36) *sex centuriae*. Mit dem Census hatte die Unterscheidung nichts zu thun; auch wird durch Livius (1, 43) ausdrücklich bezeugt, dass sämtliche Rittercenturien vor der ersten Classe stimmten. Demnach lag für Cicero keine Nothwendigkeit vor, die beiden Gruppen gesondert aufzuführen.

In der ersten Hand sind die auf die Rittercenturien bezüglichen Worte verderbt; die zweite giebt die Unterscheidung in *equitum centuriae* und *sex suffragia*. Es muss darum auch von denen, die ausschliesslich die erste Hand für maasgebend erachten, doch die Möglichkeit in Betracht gezogen werden, dass Cicero die beiden Gruppen unterschied.

Die nächstliegende Annahme ist, dass Cicero der ersten Classe wie Livius und Dionys 80 Centurien gab. Dann konnte er schreiben:

wenn zu den 18 Rittercenturien die erste Classe mit 80 hinzugetreten ist, so ist die Mehrheit erreicht;

oder er konnte den ersten Summanden zerlegen in 12 und 6 und beide Gruppen durch verschiedene Bezeichnungen unterscheiden:

wenn zu 12 A und 6 B die erste Classe u. s. w.

Dagegen konnte Cicero nicht schreiben:

wenn zu 18 R.-C. und 72 C. der ersten nur noch 8 der ersten Classe hinzugetreten sind u. s. w.;

ebensowenig:

wenn zu 10 R.-C. und der ersten Classe nur noch 8 R.-C. u. s. w.

Denn beide Redeweisen wären gleichmässig sinnlos. Ausserdem ist die erste dadurch ausgeschlossen, dass Cicero nach der ersten Hand die *prima classis* als Gesamtheit aufführt; die zweite dadurch, dass Cicero nach eben jener das gethan hat, was an sich zu erwarten ist: er folgt der Abstimmungsordnung.

Wenn Cicero also die Mehrheit gebildet werden lässt durch das Hinzutreten von 8 Centurien, so können diese 8 weder den Rittern noch der ersten Classe angehören, sondern nur

der zweiten Classe. Daraus folgt, dass er der ersten Classe nicht 80 Stimmen gab ¹⁾, sondern höchstens 72 bei der Gesamtzahl 194 oder höchstens 71 bei 193.

Sämmtliche Zahlen der Classen, die sonst überliefert werden, sind Vielfache von 10, wie ihre Censuszahlen Vielfache von 1000. Wenn Cicero jedesfalls die Zahl 80 nicht hatte, sondern eine abweichende kleinere, gleichviel ob sie historisch falsch oder richtig war, einem anderen Bericht oder einem Irrthum Ciceros entstammte, so erklärt sich die Abweichung am leichtesten, wenn die Differenz = n. 10 war. Das octo solae schliesst jede weitere Heranziehung von Centurien der vier unteren Classen aus. Um die Gleichung

$$72 \text{ C.} = n. 10 \text{ C.} + x \text{ C.}$$

zu erfüllen, bleiben also nur die Zusatzcenturien ausserhalb der Classen verwendbar, deren nach Livius 6, nach Dionys 5 vorhanden waren. Also hat Cicero seine Mehrheit entweder berechnet:

$$18 \text{ R.-C.} + 70 \text{ C. Cl. I} + 1 \text{ Zus.-C.} + 8 = 97$$

oder:

$$18 + 70 + 2 + 8 = 98.$$

6) Noch auf einem anderen Wege gelangen wir zum gleichen Ergebniss.

Die letzten Worte des Bruchstückes lauten: *quin etiam accensis velatis liticinibus cornicinibus proletariis . . .* Dem Sinne nach kann Cicero nur gesagt haben: *singulas centurias dedit.*

Denn erstens ist kein anderer gemeinschaftlicher Gesichtspunkt zu finden, unter dem Cicero diese Zusammenstellung machen konnte; zweitens musste der Satz, der mit *quin etiam* beginnt, gegenüber dem vorhergehenden eine Steigerung enthalten. Unmittelbar vorher spricht Cicero von dem Stimmrecht der minder Begüterten in den vier unteren Classen; eine Steigerung war nur in der Weise möglich, dass er zum Stimmrecht derjenigen überging, die ausserhalb der Classen standen, von den minder Begüterten zu den proletarii.

¹⁾ Dies wesentliche Ergebniss ist übrigens selbst von der überlieferten Zahl 8 unabhängig. Der Plural *accesserunt* fordert, dass Cicero wenigstens noch 2 hinzutreten liess; dieser kleinste mögliche Werth schliesst schon die Zahl 80 aus.

Die Ueberlieferung kannte unter den Zusatzcenturien auch 2 *centuriae fabrum*. Cicero selbst erwähnt gelegentlich¹⁾ unter Berufung auf die *censoriae tabulae* den Ausdruck *centuria fabrum*.

Die Existenz wenigstens einer ist also urkundlich bezeugt und war Cicero bekannt.

Da er die übrigen Zusatzcenturien erwähnt, kann er diese nicht übergangen haben. Hinter *proletariis* kann sie nicht ausgefallen sein. Die römische Ueberlieferung, der Cicero folgt, unterschied unter den Zusatzcenturien militärische und eine aus den ärmsten Bürgern gebildete militärfreie, die Cicero unter den *proletarii* versteht. Die *centuriae fabrum* waren ferner die angesehensten unter den Zusatzcenturien; denn nach Livius Zeugniß stimmten sie mit der ersten Classe. Also hätten wir ihre Anführung mit Wahrscheinlichkeit an der ersten Stelle vor *accensis*, mit Sicherheit vor *proletariis* zu erwarten. Da Cicero sie aber hier nicht nennt, so muss er sie vorher irgendwo in die Rechnung gezogen haben. In der That führt die erste Hand eine *centuria fabrum tignariorum* genau da an, wo wir sie nach Livius erwarten dürfen, nämlich hinter der ersten Classe. Also hatte Cicero, ganz sachgemäss der Abstimmungsordnung folgend, sie zur Bildung der Mehrheit verwandt. Da diese für ihn entweder 97 oder 98 betrug und

$$18 + 80 + 1 = 99$$

ist, so ist damit ohne jede Berücksichtigung der Worte *octo solae* etc. abermals der Beweis erbracht, dass Cicero der ersten Classe nicht 80 Centurien gegeben haben kann.

7) Nachdem wir auf zwei verschiedenen Wegen festgestellt haben, dass Cicero die Zahl 80 nicht hatte, vereinigen wir jetzt die Ergebnisse beider Betrachtungen. Die erste liess zwei Möglichkeiten offen

$$18 + 70 + 2 + 8 = 98$$

$$18 + 70 + 1 + 8 = 97,$$

die zweite Untersuchung hat für die zweite Ansetzung entschieden. Ohne jede Berücksichtigung der zweiten Hand haben wir damit festgestellt, dass Cicero dem Sinne nach geschrieben haben muss:

¹⁾ Orat. 46, 156 *centuriam, ut censoriae tabulae loquuntur, fabrum*.

die Anordnung ist eine solche, dass die 18 Rittercenturien mit den 70 Centurien der ersten Classe nebst der zugehörigen *centuria fabrum*, wenn nur 8 Centurien von den übrigen hinzutreten, die Mehrheit haben.

Für jede Untersuchung, welcher es nur um den Inhalt von Ciceros Worten zu thun ist, ist dies Ergebniss vollkommen ausreichend.

Denn unbestimmt bleibt nur der eine Punkt, ob Cicero die Stimmen der *equites* mit der Zahl 18 oder als Summe von $12 + 6$ angab. Darüber lässt sich aus sachlichen Gründen keine Entscheidung treffen; aber sachlich ist es auch gleichgültig, ob Cicero das eine oder andere that.

Da aber auch die Wortfassung als sachlicher Beweisgrund verwerthet ist, müssen wir bei der handschriftlichen Ueberlieferung noch verweilen.

Die zweite Hand giebt dem Sinne nach genau das, was wir, unabhängig von ihr, als Ciceros Berechnung fanden. Es ist zwar möglich, dass der zweite Schreiber nur auf Grund eigener Vermuthung den Text verbesserte. Und wenn er *cum et suffragiis* verbesserte in *cum sex suffragiis*¹⁾, so wäre es nicht geradezu unmöglich, dass er selbst darauf kam. Denn er hatte den vollständigen Text vor sich, und es ist sehr wahrscheinlich, dass Cicero, wo er unmittelbar vor unserem Bruchstück von der servianischen Neuordnung der Reiterei sprach, die Scheidung in *sex suffragia* und *duodecim equitum centuriae* erwähnte. Aber es ist trotzdem im höchsten Grade unwahrscheinlich, dass er auf Grund von Vermuthungen genau eben das fand, was Cicero dem Sinne nach geschrieben haben muss. Denn diese Vermuthungen lagen nicht auf der Oberfläche und waren nicht durch ein einfaches Rechenexempel zu finden. Sie setzen eine eindringende Untersuchung voraus, wie man sie bei einem späten Schreiber oder Corrector nicht annehmen darf. Darum ist die Annahme, der nichts im Wege steht, geboten, dass der zweite Schreiber aus der Handschrift, sei es derselben, sei es aus einer besseren, als sie dem ersten vorlag, den Text verbesserte.

¹⁾ Dies betonte Becker (Handbuch II, 1 S. 207) und, ihm folgend, andere.

Für die kritische Behandlung der Worte ist darum die Grundlage die zweite Hand. Nach dem, was wir festgestellt haben, giebt sie keinen sachlichen Anstoss; es bleiben nur grammatische Bedenken, die mit geringen Aenderungen gehoben werden können, falls man sie für begründet erachtet¹⁾. Für die sachliche Erörterung können wir darum ohne Schaden die überlieferte Fassung zu Grunde legen²⁾.

Es ist zunächst der Zusammenhang zu erwägen, in welchem diese ganze Stelle steht.

Im ersten Buch seiner Schrift vom Staat hat Cicero durch den Mund des jüngeren Scipio die Lehre entwickelt, der beste Staat sei jener, in welchem das Königthum, die Adels- und die Volks-Herrschaft gewissermassen mit einander vereinigt seien. Im zweiten führt er den Nachweis, dass der römische Staat eine solche Vereinigung verwirkliche; unter diesem Gesichtspunkt giebt er eine Uebersicht der Entwicklung des römischen Staates. Gerade bei der servianischen Verfassung kam er auf seinen Grundgedanken zurück, wie das nächste handschriftliche Bruchstück (23, 42) zeigt.

Die Uebersicht konnte nur eine kurze sein. Das Stück, welches die Zeit vom ersten Jahr der Republik bis zum Sturz der Decemvirn behandelt, ist uns vollständig erhalten und umfasst vier Seiten einer heutigen Ausgabe; in diesem Abschnitt durchheilt Cicero einen Zeitraum, für den Livius zwei umfangreiche Bücher gebrauchte. Ciceros Darstellung der servianischen Verfassung, welche er in diesem Zusammenhang giebt, ist uns nur unvollständig erhalten; Anfang und Schluss

¹⁾ Ritschl hat dies beispielsweise selbst S. 311 gezeigt. — ²⁾ Nachdem durch du Rieu, Dettelsen, Mau der vaticanische Palimpsest neu verglichen war, ist es möglich gewesen, eine Lücke auszufüllen, welche Ritschls Untersuchung offen liess, und das Verhältniss der zweiten zur ersten Hand durch die ganze Schrift zu verfolgen. Strelitz (*de antiquo Ciceronis de republica librorum emendatore* 1874) hat jedenfalls erwiesen, dass zahlreiche Correcturen vom „emendator“ aus handschriftlicher Quelle gemacht sind; Pfaff (*de diversis manibus quibus Ciceronis de re publica libri in codice Vaticano correcti sunt* 1883) weicht von ihm im wesentlichen nur darin ab, dass nach ihm der Emendator nicht aus der Vorlage des Abschreibers, sondern aus einem anderen Exemplar corrigirte.

fehlen. Es können also in dem Verlorenen noch andere tatsächliche Angaben gestanden haben. Aber es wäre verkehrt, von Cicero in diesem Zusammenhang eine Darstellung der servianischen Verfassung mit all den Einzelheiten zu erwarten, die Livius und Dionysius berichten. Ihre militärische Bedeutung übergeht er gänzlich.

Er giebt zunächst kurz die dreifache Gliederung des Volkes nach ordines, census, aetas an und lässt Scipio sagen: Wenn diese Gliederung (quae discriptio) euch unbekannt wäre, würde ich sie auseinandersetzen; nun aber (nunc = νῦν δέ) erkennt ihr u. s. w., d. h. nun aber habe ich es nicht nöthig, weil sie euch bekannt ist; ich kann mich begnügen, ihren Grundgedanken (rationem nämlich discriptionis) zu erläutern. So konnte Cicero mit vollem Recht für seine Zeitgenossen schreiben. Er hatte nicht nöthig ihnen die dreifache discriptio darzulegen, weil sie in den wesentlichen Stücken fortbestand. Darum brauchte er weder die Begriffe classis und centuria, noch seniores und iuniores, noch equitum centuriae erst zu erklären. Sofern es sich aber nicht mehr um die allgemeinen Grundzüge, sondern um die besonderen Zahlenverhältnisse handelt, giebt er diese trotz der höflichen Wendung über die Bekanntschaft doch soweit an, als es für den Zweck seiner Schrift erforderlich war.

Den politischen Grundgedanken der servianischen Ordnung bezeichnet er dahin: es wurde ein allgemeines, aber ungleiches Stimmrecht geschaffen; die Mehrheit war unbedingt in den Händen der Besitzenden. Er begründet diesen Satz durch die Angabe der Zahlenverhältnisse von 97 und 96 und giebt also mittelbar für jeden Leser, der 2 Zahlen addiren kann, die Gesamtzahl der Stimmen; er giebt genau an, wie sich die Mehrheit aus $18 + 70 + 1 + 8$ Stimmen zusammensetzte. Er that noch ein übriges, indem er (am Schluss des Bruchstücks) die ausser der centuria fabrum noch in der servianischen Verfassung auftretenden vier Centurien ausserhalb der Classen erwähnte.

Was hätte denn Cicero, der die ganze servianische Verfassung nicht als Wehrordnung, sondern ausschliesslich als Stimmordnung betrachtet, noch hinzufügen sollen? Etwa die einzelnen Centurienzahlen der 4 unteren Classen? Für ihn, der

nicht Geschichte, sondern eine Staatslehre schrieb, wäre das höchst überflüssig gewesen, da er ausdrücklich hervorhob, das Stimmrecht dieser Classen war thatsächlich bedeutungslos. Oder etwa — und weiter fehlt an thatsächlichen Angaben nichts — die Steuersätze für die einzelnen Classen? Die Thatsache, dass die Reichen die Entscheidung in ihrer Hand hatten, hebt er zur Genüge hervor und bemerkt noch ausdrücklich: *illarum autem sex et nonaginta centuriarum in una centuria tum quidem plures censebantur quam paene in prima classe tota*. Mit diesen thatsächlichen Angaben war jeder Leser hinreichend über die ursprüngliche Form der servianischen Verfassung unterrichtet, um die politischen Auseinandersetzungen, auf die es Cicero allein ankam, zu verstehen¹⁾.

Die ganze Stelle ist in dem, was sie sagt und was sie übergeht, so einfach verständlich, dass es schwierig ist, Schwierigkeiten zu finden. Aber man hat sie gefunden.

Cicero soll gleichzeitig von der servianischen und der reformirten Verfassung reden. Diese Ansicht Peters ist in etwas veränderter Form jetzt von Mommsen wieder aufgenommen und sogar als die allein mögliche hingestellt.

Thatsächlich ist zunächst festzuhalten: mit Ausnahme des Absatzes von der *ratio* und einer allgemeinen Bemerkung stehen sämtliche Verba im Präteritum und das Subject aller activen Verba ist Servius Tullius. Wenn Cicero von den 96 Centurien der Minderheit sagt, *tum quidem censebantur*, so setzt er die Verhältnisse, welche er geschichtlich darstellt, in einen ausdrücklichen Gegensatz zu den Verhältnissen seiner²⁾ eigenen Zeit.

¹⁾ Mommsen S. 275 Anm. bemerkt über die Stelle: „Wenn Ciceros Scipio, nachdem er an die servianische Verfassung gelangt ist, es für überflüssig erklärt, sie seinen mit ihr wohl bekannten Zuhörern auseinanderzusetzen und lediglich die wesentlich durch die erste Classe gegebene Majorität und damit die in ihr verwaltende politische Tendenz kurz hervorhebt, so konnte er also nur sprechen in Bezug auf die derzeitigen Centuriatcomitien; denn diese mussten jedem seiner Pflicht genügenden Bürger genau bekannt sein, wogegen die zwischen der servianischen und der reformirten Verfassung obwaltenden Differenzen, wenn es ihm auf diese angekommen wäre, ebenso gut und mehr als das Meiste, was er vorträgt, hätten erörtert werden müssen.“ — ²⁾ Aeusserlich zur Zeit des jüngeren Scipio; doch macht Cicero zwischen dieser und seiner eigenen keinen Unterschied.

Auf den Absatz über die ratio folgt unmittelbar in quo etiam verbis ac nominibus ipsis fuit diligens, wozu Subject Servius Tullius ist. Auch ein Zeitgenosse Ciceros konnte demnach seine Auseinandersetzungen über die Mehrheitsbildung nicht anders verstehen als dahin, dass sie jedenfalls schon für die servianische Ordnung galten. Nach der allgemeinen Ansicht, der auch Mommsen folgt, hatte in der ursprünglichen servianischen Verfassung die erste Classe 80 Centurien. Wenn Cicero ihr 70 Centurien gab, so hat er also in jedem Falle eine falsche geschichtliche Angabe gemacht. Daran wird auch durch die Annahmen Mommsens nichts geändert.

Seine Ansicht, Cicero behandle die servianische Ordnung als unverändert fortbestehend, wird einmal damit begründet, dass Cicero sonst nicht hätte schreiben können quae descriptio si esset ignota etc. Wir haben schon vorher die einfache Erklärung der Worte gegeben. Sachlich geboten aber sei, fährt Mommsen fort, seine Ansicht; „*denn es ist ebenso unmöglich, Ciceros Angaben mit dem Annalen-Bericht über die servianischen Classen in Einklang zu bringen, wie sie vortrefflich in die reformirte Ordnung sich fügen.*“

Uebereinstimmung und Abweichung drehen sich thatsächlich um ein und denselben Punkt, die Zahl 70.

Folgerungsweise erschliessen wir diese Zahl für die erste Classe der reformirten Ordnung. Sonst haben wir über deren Zahlenverhältnisse nur die livianische Angabe, die Gesamtzahlen seien verschieden gewesen. Dieser Angabe widerspricht Ciceros Schilderung, die auf 193 Centurien beruht. Das ist freilich nicht wunderbar, dass jene Schilderung, welche Mommsen von der reformirten Verfassung eben auf Grund seiner Auffassung Ciceros entwirft, mit dieser Auffassung vortrefflich übereinstimmt. Wer aber eine durch die andere zu beweisen wähnte, würde sich im Kreise bewegen.

Der einzige Widerspruch zwischen Cicero und dem annalistischen Bericht besteht wieder in den 70. Denn da Cicero die gleiche Gesamtzahl wie jener hat, so ist es keine neue Abweichung, sondern die nothwendige Folge der ersten, dass er den vier unteren Classen 10 Stimmen mehr giebt. Denn Abweichungen in den Zusatz-Centurien finden sich mehrfach auch zwischen Livius und Dionys; sie haben sammt

und sonders, auch nach Mommsen, mit dem Gegensatz von ursprünglicher und reformirter Verfassung nichts zu thun. Zwei verschiedene Zahlangaben über dieselbe Sache sind freilich immer unvereinbar, und beide können wohl gleichzeitig falsch, aber nicht gleichzeitig richtig sein. Aber zwei geschichtliche Berichte werden dadurch nicht ohne Weiteres unvereinbar, dass sie zwei abweichende Zahlen enthalten.

Die Thatsache, dass Cicero eine falsche¹⁾ Angabe über die servianische Verfassung macht, wird auch durch Mommsens Annahmen nicht aufgehoben. Nur die Erklärung ihrer Entstehung wird eine andere. Nach Mommsen giebt Cicero wissentlich die falsche Zahl.²⁾ Die Unterschiede in der Stimmordnung zwischen den beiden Ordnungen wären, soweit es sich um die Bildung der Mehrheit handelte, so gering gewesen, dass Cicero sie hätte übergehen können und übergangen hätte, da es sich für ihn nur um die Feststellung der vorwaltenden politischen Tendenz gehandelt habe. Diese Annahme wäre dann und nur dann eine mögliche Erklärung, wenn anderweitig bewiesen wäre, dass jene Unterschiede thatsächlich so geringfügig waren, das heisst, deutlicher gesagt, wenn jenes von Mommsen entworfene System bewiesen wäre. Niemals aber kann die nur unter dieser Voraussetzung mögliche Erklärung ein Beweisgrund für ihre Voraussetzung sein. Denn nothwendig ist diese Erklärung in keinem Fall. Nichts hindert die andere Annahme, dass Cicero einer abweichenden Angabe folgte, wie noch uns z. B. verschiedene Censusansätze für die erste Classe überliefert sind, oder dass er ein Versehen beging.³⁾ Niemand hat an Cicero antiquarische Gelehrsamkeit rühmen können. Der Fluch einer hastigen Vielschreiberei, die alle Gebiete zu umspannen, alle Fragen eilfertig zu lösen strebt, hat sich vollauf an ihm erfüllt, und es sind ihm ärgere Dinge begegnet, als der nebensächliche Irrthum, den er hier wahrscheinlich begangen hat.

¹⁾ Um nicht zu weitläufig zu werden, merke ich nur beiläufig an, dass sich ein sicherer Beweis dafür nicht erbringen lässt, dass nothwendig Cicero und nicht der annalistische Bericht geirrt habe. —

²⁾ Dieselbe Ansicht hat schon Zumpt a. a. O. S. 151 vertreten. —

³⁾ Treffend sind darüber die Bemerkungen Beckers II S. 208.

Erstaunlich ist hier nur die Zähigkeit, mit der man sich gegen die einfachste Erklärung so lange gesträubt hat, um so mehr, als sich Ciceros Schriftstellerei seit Jahrzehnten einer ausgezeichneten Missachtung erfreut. Man kann sich diese Erscheinung nur so erklären, dass sich der Augenpunkt für die Einzelheiten der servianischen Verfassung vielen verschoben hat. Ihre Classenzahlen z. B. sind jedem schon von der Schule her geläufig; über keinen Theil des römischen Alterthums ist in unserem Jahrhundert so viel geschrieben und gestritten worden, als über die Centurienverfassung. So mochte unwillkürlich sich die Anschauung bilden, diese Dinge hätten für die Römer der Zeit Ciceros dieselbe Bedeutung gehabt, wie für uns. Und doch ist das, wie die Litteratur zeigt, ein trügerischer Schein. Es kann nicht reiner Zufall sein, dass unsere Kunde über die Aenderung der servianischen Verfassung so überaus dürftig ist, dass bei Cicero und Livius ebenso häufig von den Tribus und Centurien gesprochen wird, als äusserst selten von einzelnen Classen.

Die ganze Classenordnung war im letzten Jahrhundert der Republik für das wirkliche politische Leben bedeutungslos geworden. Wir hören wohl noch von Gegensätzen zwischen den Tribus, aber niemals von solchen zwischen den Classen. Nichts war in dieser Zeit so vortrefflich eingerichtet, als das Wahlbestechungswesen. Obwohl die höchsten Aemter nicht durch die Tribuscomitien, sondern durch die Centurien vergeben wurden, war die wohl geordnete Wahlbestechung auf die Tribus berechnet; *res tribuaria* heisst kurzweg der *ambitus*.

Wenn nun die Römer die Wissenschaften im Wesentlichen unter dem Gesichtspunkt des praktischen Nutzens pflegten, so darf es nicht befremden, wenn die geschichtliche Theilnahme für die Einzelheiten einer Ordnung nur gering war, die selbst in ihrer veränderten Gestalt für das Leben nur untergeordnete Bedeutung hatte.

Wir kehren nach der kleinen Abschweifung noch einmal zu Cicero zurück, um Mommsens sprachliche Bemerkungen zu prüfen. Wir stellen uns dabei auf seinen eigenen Standpunkt und nehmen mit ihm an, dass die Ueberlieferung der zweiten

Hand einige Nachlässigkeiten der Rede enthält, aber im wesentlichen richtig ist.

Mommsen also schreibt:

„Sprachlich ist das Umschlagen der Darstellung in das Präsens (rationem videtis esse ut . . . habeat) aus dem Perfekt (vorher populus distribuit . . . curavitque . . . ne plurimum valeant plurimi, nachher reliquaue . . . multitudo . . . neque excluderetur suffragiis, wo der Conjunctiv offenbar von curavit abhängt) sehr wohl, aber auch nur dann gerechtfertigt, wenn in die Erzählung der von dem Könige getroffenen Einrichtungen das noch in der Gegenwart bestehende politische Resultat eingeschaltet wird.“

Um dem Leser die eigene Prüfung zu erleichtern, setzen wir noch einmal die Worte, auf die es ankommt, im Zusammenhang hin:

curavitque quod semper in re publica tenendum est, ne plurimum valeant plurimi. quae descriptio si esset ignota vobis, explicaretur a me: nunc rationem videtis esse talem, ut equitum centuriae cum sex suffragiis et prima classis addita centuria quae . . . fabris tignariis est data LXXXVIII centurias habeat quibus ex centum quattuor centuriis — tot enim reliquae sunt — octo solae si accesserunt, confecta est vis populi universa reliquaue multo maior multitudo sex et nonaginta centuriarum neque excluderetur suffragiis . . . nec valeret nimis . .

Zunächst beruht die Bemerkung, dass der Conjunctiv excluderetur „offenbar“ von curavit abhängt, wohl nur auf einem Irrthum. Denn die Sätze mit excluderetur und valeret bilden das durch que angeschlossene Ende einer Periode, welche nach der überlieferten Fassung von rationem esse talem ut . . . abhängt.

Zwischen diese Periode und die mit curavit ist noch eine Bedingungsperiode getreten; es ist also schlechthin unmöglich, dass zwischen den Worten confecta est vis populi universa reliquaue auf einmal im Gedanken des Schriftstellers und Lesers ein unsichtbares curavit eintreten und wirken soll.

Wir bedürfen ferner keiner besonderen Hilfsannahmen, um den Wechsel der Zeiten in einem so einfachen Satz wie curavit quod semper tenendum est, ne plurimi valeant plurimum

zu erklären, an dem bisher auch niemand Anstoss genommen hat. Die Worte *ne . . . valeant* sprechen einen abstracten Grundsatz aus, nicht eine bestimmte geschichtliche Thatsache; dieser Grundsatz wird von Cicero in den unmittelbar vorangehenden Worten als ein stets aufrecht zu erhaltender bezeichnet, und unter dem Einfluss des *tenendum est* tritt *valeant* ganz natürlich ein¹⁾).

In der Periode *nunc videtis etc.* nahm Ritschl den wesentlichen Anstoss keineswegs an dem Wechsel der Zeiten²⁾, sondern an dem logischen und grammatischen Bau der Periode. In der That ist jener Wechsel auch nach der Fassung der zweiten Hand ohne jede Schwierigkeit zu erklären.

Wenn man eine frühere Verfassung beschreibt, so kann man sich auf einen doppelten Standpunkt stellen: entweder man giebt die Einzelheiten als Thatsachen, die einmal waren; oder man fasst die abstracten Beziehungen ins Auge, die zwischen den verschiedenen Theilen oder Bestimmungen obwalten. Alle Urtheile über rein abstracte Beziehungen sind einer zeitlichen Abstufung überhaupt unfähig; logische Wahrheiten, wie z. B. mathematische Sätze, haben kein Sein in dieser oder jener Zeit, sondern nur ein zeitloses Gelten: Um dies auszudrücken, gebrauchen die lateinische wie die deutsche Sprache gleichmässig das Praesens, das in solchem Fall nicht eine Zeitstufe des Seins oder Geschehens im Gegensatz zu anderen, sondern die immer währende Dauer des Geltens bezeichnet. Mit Recht spricht die Grammatik von einem *Praesens logicum*. Wenn ein Schriftsteller der Gegenwart von der servianischen Verfassung sagte: „ihr Grundgedanke ist den Besitzenden die Mehrheit zu sichern; es genügt, dass zu den 80 Stimmen der ersten Classe noch die 18 der Ritter hinzutreten“ u. s. w., dann würde niemand daraus folgern, dass die servianische Verfassung noch in Kraft ist, ebensowenig würde man behaupten können, dass hier das *Praesens historicum*

¹⁾ Aehnlich sagt Cicero vorher von Numa 2, 14, 26 *amoremque eis otii et pacis iniecit quibus facillime iustitia et fides convalescit.* —

²⁾ Er führt als Beispiel einer vollkommen correcten Fassung S. 311 an: *nunc rationem videtis esse talem ut . . . centurias habeant quibus . . . si accesserunt, confecta est . . . neque excludebatur nec valebat.*

gebraucht sei, das im Deutschen überhaupt nur in der Dichtung verwendbar ist.

Es ist endlich sehr erklärlich, dass bei jeder solchen Auseinandersetzung für den Schriftsteller bald der eine, bald der andere Gesichtspunkt bestimmend ist, und demgemäss häufig ein Wechsel der Zeiten eintritt. Die Erscheinung ist so natürlich, dass sich aus jedem beliebigen Geschichtswerk der Gegenwart entsprechende Beispiele beibringen liessen. So finden sie sich auch sehr zahlreich in allen Abschnitten von Mommsens Römischer Geschichte, welche Verfassungen behandeln ¹⁾).

In der gleichen Weise findet der Wechsel der Zeiten in Ciceros Auseinandersetzung seine einfache Erklärung.

Wie unsere bisherige Untersuchung ergab, ist der Sinn und die Auslegung der viel angefochtenen Stelle Ciceros unabhängig von der Frage, ob der Wortlaut der sprachlichen Fassung von der zweiten Hand genau überliefert ist oder nicht. Sie hat Bedeutung nur noch für die Textkritik Ciceros, nicht mehr für eine Untersuchung der reformirten Verfassung. Da es sich hier nur um diese handelt, so lassen wir jene Frage ganz bei Seite, über die eine sichere Entscheidung nicht möglich ist ²⁾).

Aus der Thatsache, dass Cicero nur von der servianischen Verfassung handelt, folgt, dass sein vermeintliches Zeugniß über das Fortbestehen der servianischen Zusatzcenturien fortfällt. Wahrscheinlich sind sie in der nicht mehr militärischen Ordnung der reformirten Comitien als eigene Stimmkörper aufgehoben und bestanden nur als Corporationen fort.

¹⁾ Z. B. II⁸ S. 116: „*Gracchus wollte ohne Zweifel eine feste Verwaltung dennoch beruht sein neues Verwaltungssystem dennoch zog er*“ u. s. w. Oder I S. 69: „*Dass der Staatshaushalt auf der Bürgerschaft ruht, versteht sich von selbst. Die wichtigste Bürgerleistung war der Heerdienst; denn nur die Bürgerschaft hatte das Recht und die Pflicht, die Waffen zu tragen. Die Bürger sind zugleich die „Kriegerschaft“ . . . in den alten Litaneien ist es*“ u. s. w. — ²⁾ Den wesentlichsten Anstoss giebt die Art, wie der Schluss der Periode (*reliquaque etc.*) an *confecta est* angeknüpft ist. Die vorgeschlagene Aenderung *ut reliqua* mildert ihn zwar, ist aber vom Standpunkt der Textkritik aus nicht sehr überzeugend.

Endlich nennt Cicero pro Planc. 20, 49, wo er die Bedeutung der *centuria praerogativa* erörtert, diese *unius tribus pars*. Mommsen (S. 274 Anm. 2) bemerkt dazu: „*von allen Centurien sagt er (Cicero) dies nicht und mit gutem Grunde.*“ Im Sinne Mommsens soll also die Stelle bestätigen, dass nur die Centurien der ersten Classen ein Theil einer Tribus waren. Aber Cicero spricht dort weder von den Centurien im allgemeinen, noch von ihrem Verhältniss zur Tribus; er setzt einfach den Gedanken auseinander: wenn schon die *centuria praerogativa*, die doch nur der Theil einer Tribus ist, eine so hohe Bedeutung hat, so musste es für Plancius Wahl noch erheblicher sein, dass sich bereits einmal die sämtlichen Tribus für ihn erklärt hatten¹⁾. Von anderen Centurien zu reden, war hier gar keine Möglichkeit geboten. Und sonst erwähnt Cicero das Verhältniss der Centurien zur Tribus überhaupt nicht.

IV.

Da sich die Stelle Ciceros ausschliesslich auf die servianische Verfassung bezieht, scheidet sie aus unseren weiteren Erörterungen über die reformirte gänzlich aus. Wir nehmen jetzt an, dass in der reformirten Verfassung die 35 Tribus in 10×35 Centurien zerfielen, die als Stimmkörper auftraten. Wir haben zu prüfen, ob sich entweder aus anderweitiger Ueberlieferung oder aus inneren Gründen Einwürfe gegen diese Annahme ergeben.

Man hat solche bekanntlich vor allem darin gefunden, dass an zahlreichen Stellen, wie behauptet wurde, als Wahlkörper der *comitia centuriata* die Tribus erscheinen. Die Mehrzahl jener Stellen ist längst erledigt. Aber es bleiben einige übrig, die wohl geeignet sind, Bedenken zu erregen.

Wir berücksichtigen nur die Gewährsmänner, welche aus eigener Anschauung die reformirte Ordnung kannten.

¹⁾ *una centuria praerogativa tantum habet auctoritatis — — — aedilem tu Plancium factum esse miraris in quo non exigua pars populi, sed universus populus voluntatem suam declararit? cuius in honore non unius tribus pars, sed comitia tota comitiis fuerint praerogativa? Es steht also unius einfach um des Gegensatzes willen zu tota, genau wie in der Stelle de re p. die una centuria und die tota classis entgegengesetzt werden.*

Polybius 6, 14, 7 schreibt *τοῖς γὰρ θανάτου κρινομένοις, ἐπὰν καταδικάζωνται, δίδωσι τὴν ἐξουσίαν, τὸ παρ' αὐτοῖς ἔθος ἀπαλλάττεσθαι φανερώς, καὶν ἔτι μία λείπεται φυλὴ τῶν ἐπικυρουσῶν τὴν κρίσιν ἀψηφοφόρητος, ἐκούσιον ἑαυτοῦ καταγνόντα φυγαδεῖαν*. Ein Todesurtheil konnten nach den zwölf Tafeln nur die Centuriat-Comitien fällen. Darum folgern die Gegner des Pantagathus: entweder wurde in diesen tribusweise abgestimmt, oder Polybius hat über die römische Verfassung seiner Zeit eine falsche Angabe gemacht. Wie misslich die zweite Annahme ist, leuchtet ohne Weiteres ein, zumal ein Vorgang, wie ihn Polybius schildert, unter den gewöhnlichen Annahmen über das Abbrechen der Abstimmung kaum vorkommen konnte.

2) Cicero de leg. agr. 2, 2, 4 rühmt von seiner Wahl zum Consul: *meis comitiis non tabellam vindicem tacitae libertatis sed vocem unam prae vobis indicem vestrarum erga me voluntatum ac studiorum tulistis; itaque me non extrema tribus suffragiorum, sed primi illi vestri concursus, neque singulae voces praeconum, sed una voce universus populus Romanus consulem declaravit*. Der Gedanke: ich bin einmüthig und einstimmig von euch gewählt, wird hier durch einen dreifachen Gegensatz verdeutlicht. Der mittlere besagt dem Sinne nach: bei Anderen wird die Wahl erst durch die letzte Stimmabtheilung entschieden, die meinige war gesichert, als ihr euch zur Wahl einfandet. Es ist hier gleichgültig, ob man extrema im absoluten Sinne fasst als die letzte der $2n + 1$ Stimmen, welche überhaupt die reformirte Ordnung hatte, oder im relativen als $n + 1^{\text{te}}$, mit deren Erlangung der Candidat gewählt war. Denn in beiden Fällen war die letzte Stimme durch eine centuria gegeben; in beiden waren die vorhergehenden, die $(2)n^{\text{te}}$, $(2)n - 1^{\text{te}}$ u. s. w. Centurienstimmen verschiedener Tribus.

Aus Livius wird zwar mit Recht gefolgert, dass in der reformirten Ordnung die Centurien ausser durch den Beisatz seniorum und iuniorum und der Classe durch den Zusatz der Tribus unterschieden waren. Aber wie konnte Cicero solch' eine einzelne Centurie, z. B. Aniensis¹⁾ iuniorum classis illius

¹⁾ Da diese „letzte“ Abtheilung in keinem Fall eine Centurie der

als *extrema tribus suffragiorum* bezeichnen? Berechtigt war dieser Ausdruck nur dann, wenn die 10 *suffragia*, welche ein *Tribus* enthielt, in irgend einer Weise vereinigt waren.

3) An den 3 Stellen des Livius, wo die *centuria praerogativa* genannt wird (24, 7; 26, 22; 27, 6), wird sie als *Aniensis*, *Veturia*, *Galeria iuniorum* bezeichnet. Unter der gewöhnlichen Voraussetzung, dass in der reformirten Ordnung die *praerogativa* durchs Loos immer aus der ersten Classe genommen wurde, erklären sich jene Ausdrücke genügend. Denn Livius konnte den Zusatz der Classe als für seine Leser selbstverständlich fortlassen. Aber sie genügt keineswegs vollkommen für Erzählungen wie Livius 26, 22. Die *Veturia iuniorum* wird wegen einer unpassenden Wahl vom wahlleitenden Consul zwei Mal zurückgeschickt: *tum centuria petiit a consule . . . ut Veturiam seniorum citaret, velle sese cum maioribus natu conloqui et ex auctoritate eorum consules dicere. citatis Veturiae senioribus datum secreto in ovili cum iis conloquendi tempus, seniores de tribus consulendum dixerunt esse etc.* Seine Betrachtungen über diesen Vorgang schliesst Livius mit den Worten: *centuriam vero iuniorum seniores consulere voluisse quibus imperium suffragio mandaret, vix ut veri simile sit, parentium quoque hoc saeculo vilis levisque apud liberos auctoritas fecit.* Wer die Annahmen des Panta-gathus nicht kennt, kann diese Stelle schlechterdings nicht anders verstehen, als dass es je eine *centuria Veturia seniorum* und *iuniorum* und nur diese beiden in der *tribus Veturia* gab. Aber auch für die Zeitgenossen des Livius war es keineswegs selbstverständlich, dass die *Veturia seniorum* nur die *centuria V. s. primae classis* war. Bei dem engen Zusammenhang der Angehörigen derselben *Tribus* konnte auch ein Leser der augustischen Zeit daran denken, dass die *praerogativa* in dem schwierigen Fall mit den *seniores* ihrer ganzen *Tribus* in Berathung trat. Vorausgesetzt, dass das System des Panta-gathus thatsächlich bestand, so machte Livius auch seinen Zeitgenossen gegenüber sich der Unklarheit schuldig. Entweder er meinte nur die *seniores* der ersten Classe; dann

ersten Classe gewesen sein kann, so hätte sie nach den Annahmen Mommsens den Zusatz von 2 oder 3 *Tribus*namen führen müssen.

durfte er nicht allgemein von *seniores* sprechen. Oder er meinte sämtliche 5 Centurien der *seniores*, dann durfte er nicht durch den Parallelismus der Ausdrücke *Veturia iuniorum* und *Veturia seniorum* den Gedanken erwecken, dass auch unter den *seniores* nur die *centuria primae classis* zu verstehen sei. Nun ist die Voraussetzung, unter welcher Livius dieser Tadel trifft, nicht über allen Zweifel erhaben. Insoweit sind die Gegner von Pantagathus Hypothese im Recht, wenn sie auf Grund dieser Stelle Bedenken erheben.

4) Livius in seiner bekannten Erzählung über die un-einigen Censoren des Jahres 550/204 berichtet 29, 37, 13 von M. Livius Salinator: *praeter Maeciam tribum, quae se neque condemnasset neque condemnatum aut consulem aut censorem fecisset, populum Romanum omnem, quattuor et triginta tribus aerarios reliquit*. Selbstverständlich wusste Salinator, der in einem nach Tribus gehaltenen Volksgericht zu einer Geldbusse verurtheilt sein muss, genau, welche Tribus ihn verurtheilt hatten. Aber woher kannte er das Verhalten sämtlicher Tribus bei den Centuriatcomitien, die ihn zum Consul und Censor gewählt hatten? In diesen stimmten doch die Centurien derselben Tribus an sehr verschiedenen Stellen. Folgen wir der Ansicht Mommsens, dass in den Centuriatcomitien die Abstimmung nur so lange fortgesetzt wurde, bis die Mehrheit erreicht war, so wird die Frage noch dringender. Ueber Salinators Wahl zum Consul des Jahres 207 haben wir bei Livius 27, 34 einen ausführlichen Bericht. Andere Candidaten als C. Claudius und M. Livius traten nicht auf; ihre Wahl erfolgt ohne jede Opposition ¹⁾. Nur die grössere Hälfte der Tribuscenturien kam also überhaupt dazu ihre Stimme abzugeben.

Man kann freilich sagen, einem so erbitterten Mann wie Salinator genügte es, dass unter den Tribuscenturien, die überhaupt zur Abstimmung kamen, sich jenes Verhältniss von 34 : 1 gezeigt hatte; er übertrug ungerecht, was nur von einzelnen Theilen festgestellt war, auf das Ganze. Aber unleugbar rufen Livius Worte den Eindruck hervor, als wenn in

¹⁾ Livius: *adnisi omnes cum C. Claudio M. Livium consulem fecerunt*, was zu der Nachricht über die tribus Maecia freilich nicht genau stimmt.

den Centuriatcomitien die Tribus irgendwie als Stimmkörper auftraten.

Wir können es bei diesen vier Stellen bewenden lassen; einige andere, die man allenfalls noch anführen kann, liefern nicht wesentlich neues¹⁾, und die Entscheidung hängt nicht von der Zahl der Zeugnisse ab.

Es war berechtigt, wenn man versuchte, mit der Uebertragung der Classeneintheilung auf die Tribus die Thatsache zu vereinigen, dass scheinbar die Tribus die Stimmen in den Centuriatcomitien führten. Dass die stimmenden Abtheilungen *centuriae* hiessen und waren, bezweifelt niemand. Es handelt sich nur darum: durch welche Form der Abstimmung ist es zu erklären, dass sie als eine tribusweise erfolgte angesehen werden konnte?

Es sind zunächst 3 Fälle denkbar:

1) es gab nur 70 Stimmen von 70 *centuriae*, deren jede eine Halbtribus war;

2) es stimmten zuerst 350 *centuriae*; ihre Stimmen wurden bei der ersten *renuntiatio* auch festgestellt, bei der zweiten aber die je fünf zusammengehörigen einer Halbtribus zu einer Gesamtstimme vereinigt;

3) es fand gar keine Vereinigung der 350 Stimmen statt, nur die Abgabe erfolgte nach Tribus.

Die erste Ansicht hat Madvig, die zweite Lange vertreten; die dritte ist früher einmal, mit anderen Hypothesen vermengt, von Göttling²⁾ aufgestellt und soll, um nach dieser Richtung hin die Untersuchung abzuschliessen, gleich mit herangezogen werden.

Wir erinnern zuvor kurz an anerkannte Thatsachen über die römische Art das Ergebniss von Abstimmungen zu ermitteln. Aus den spanischen Stadtrechten³⁾ wissen wir, wenn

¹⁾ So ist der zuletzt angeführten Stelle verwandt die Erzählung bei Livius 8, 37, 11 (daraus Valerius Max. 9, 10, 1), dass ein Candidat aus der Tribus Pollia niemals die Stimmen der Papiria erhielt. — Appian b. c. 1, 59 bezeichnet den Gegensatz zwischen der reformirten und der ursprünglichen Ordnung als *τὰς χειροτονίας μὴ κατὰ φυλὰς ἀλλὰ κατὰ λόγους*. — ²⁾ Geschichte der Römischen Staatsverfassung S. 383 ff. — ³⁾ Lex Malacitana 56, 57 und dazu Mommsens Bemerkungen (Abh. Sächs. Ges. II 1857) S. 426 f.

alle zur Wahl berufenen Abtheilungen gleichzeitig zur Abstimmung antraten, wie in Rom bei den Comitien der Curien und Tribus, so ward zunächst das Ergebniss der Abstimmung für jede einzelne Abtheilung verkündet (*renuntiatio pro curia, pro tribu*). Dann beginnt die zweite Ermittlung des Endergebnisses, wobei die Reihenfolge der Abtheilungen durchs Loos bestimmt wird; hierbei wird mit der *renuntiatio* nur so lange fortgefahren, bis die Mehrheit erreicht ist. Wer bei einer Wahl zuerst die zur Mehrheit nothwendige Zahl erreicht hat, wird als gewählt *renuntiirt*. Dieser zweite Satz gilt unbedingt auch für die Centuriatcomitien; fraglich ist nur, ob auch bei diesen zuerst alle Abtheilungen zur Stimmabgabe gelangten, oder ob bei diesen auch die Abstimmung dann abgebrochen wurde, wenn die Mehrheit erreicht war.

Gehen wir nun zur Prüfung der einzelnen Ansichten über, so hält Madvig¹⁾ für die einzig mögliche Annahme, „*dass sich in jeder (der 70) Centurien Bürger aller Classen befanden, vertheilt nach diesen, so dass die Classen gewissermassen in die Centurien aufgenommen waren.*“ Madvig beruft sich zum Beweise auf Ciceros Schilderung Phil. 2, 33²⁾ und fährt fort: „*Wie nun die Bürger der ersten Classe hier ausser durch das Recht zuerst zu stimmen einen grösseren Einfluss erhielten, wissen wir nicht.*“ Diese Ansicht würde freilich alle Schwierigkeiten der vorher besprochenen Stellen heben, aber sie schafft dafür Unmöglichkeiten. Sie führt zu der nothwendigen Folgerung, die Madvig auch gezogen hat: jede der 70 *centuriae* zerfiel in 5 *classes*.

Eine solche Umkehrung der ursprünglichen Eintheilung ist nicht nur an sich höchst unwahrscheinlich, sondern sie wird durch unmittelbare Zeugnisse widerlegt³⁾, wonach auch in der reformirten Verfassung die Centurien als Unterab-

¹⁾ Die Verfassung und Verwaltung des Römischen Staates I S. 119. Gegen Madvig ist die Abhandlung von Genz gerichtet, Die Centuriatcomitien nach der Reform (1882); Madvigs Ansichten vertheidigt Gerathewohl, Die Reiter und die Rittercenturien zur Zeit der römischen Republik (1886) S. 85 ff. — ²⁾ Madvig bezieht die von Cicero genannte *prima* und *secunda classis* auf die Unterabtheilungen einer Centurie = Halbtribus. — ³⁾ Livius 43, 18 *cum ex duodecim centuriis equitum octo censorem condemnassent multaeque aliae primae classis*; de vir. ill. 57 *cum eum duae classes condemnassent*. (Sall.) de re publica 2, 8 *lex*

theilungen der Classen erscheinen. Sollte ferner die Abstufung nach Classen für das Stimmrecht irgend welchen Sinn haben, so war nur zweierlei möglich: entweder die Bürger der ersten Classen führten als Personen mehrere Stimmen, diese Annahme ist ausgeschlossen; oder die je 5 Abtheilungen stimmten getrennt und aus den Einzelstimmen wurde dann die Stimme der Centurie ermittelt.

Dieser zweite Gedanke liegt auch den Annahmen Langes¹⁾ zu Grunde, welcher die unmögliche Unterordnung der Classen unter die Centurien vermeidet. Er tastet weder die 350 Centurien, noch die Abstimmung nach Classen an und beschränkt seine Annahmen auf die renuntiatio des Ergebnisses. Wir wollen mit ihm vorläufig annehmen, dass sämtliche Centurien zuerst ihre Stimmen abgaben, und das Ergebniss im einzelnen (pro centuria) festgestellt wurde. Dann sei, wie es bei den Curien- und Tribuscomitien nachweislich geschah, die zweite renuntiatio erfolgt, um das Endergebniss festzustellen. Hierbei sei die renuntiatio nach Tribus und dem certus ordo tribuum in der Art erfolgt, dass je 5 Stimmen der centuriae seniorum und iuniorum einer Tribus zu je einer Gesamtstimme vereinigt wurden.

Diese Annahme würde allerdings erklären, wie man in Bezug auf die Centuriatcomitien von Tribus sprechen konnte, sie thut auch der Ueberlieferung nicht Gewalt an. Aber haltbar ist sie trotzdem nicht. Es fehlt für das angenommene Verfahren nicht bloss jedes Zeugniss, es fehlt auch jede Analogie im staatlichen Leben Roms. Vergebens fragt man ferner nach Grund und Zweck dieser Erschwerung eines ohnehin schwerfälligen Wahlverfahrens. Seitdem die Tribuscomitien den Centuriatcomitien im wesentlichen gleichgestellt waren, wurde die Verwendung der letzteren im allgemeinen auf die Fälle beschränkt, in denen sie gesetzlich vorgeschrieben war, das sind hauptsächlich die Wahlen der Oberbeamten. Gerade für diese wäre das Verfahren einer nachträglichen, rein

quam C. Gracchus in tribunatu promulgaverat, ut ex confusis quinque classibus sorte centuriae vocarentur.

¹⁾ Römische Alterthümer II³ S. 510, ausführlicher begründet in „De magistratuum Romanorum renuntiatione et de centuriatorum comitiorum forma recentiore“ = Kleine Schriften II S. 463–493.

rechnungsmässigen Zusammenlegung höchst unzweckmässig gewesen. Das erhellt selbst aus einem einfachen Fall: wenn 4 Bewerber um das Consulat vorhanden waren, so konnte der Fall eintreten, dass vielleicht ein Bewerber von allen 5 Centurien einer Halbtribus gewählt wurde, während für die zweite Stelle 2 für den zweiten, 2 für den dritten, 1 für den vierten Bewerber stimmte. Dann wäre nichts übrig geblieben, als zu einer zweiten Abstimmung zu schreiten oder zu loosen. Bei den Wahlen zur Prätur, wo seit 557/197 6, seit Sulla 8 Stellen zu besetzen waren, hätten Zersplitterungen der Stimmen sehr leicht eintreten können. Ein Verfahren, wie das angenommene, wäre denkbar nur für Gesetze und Gerichtsverhandlungen, bei welchen nur eine kontradiktorische Doppelfrage zu beantworten war.

Ein äusseres Hinderniss bilden endlich die Rittercenturien. Wurden die Stimmen der 5 Classen zu 70 zusammengelegt, so konnten die Ritter nicht 18 Einzelstimmen, das heisst 4 mehr als die erste und jede Classe behalten. Dies hat Lange auch selbst erkannt. Aber jeder Versuch, auch für diese eine Zusammenlegung nachzuweisen, steht in ausdrücklichem Widerspruch zu Livius 43, 16 und führt zu unhaltbaren Vermuthungen¹⁾.

Es bleibt noch die dritte Annahme, die ebensoviel Schwierigkeiten, wie die Langes, aber auf einfachere Weise wegräumen würde: Die Abstimmung erfolgte so, dass eine Tribus nach der anderen antrat, und ihre 2×5 centuriae gleichzeitig ihre Stimmen abgaben. Wenngleich die Stelle bei Cicero Phil. 2, 33 kritisch sehr bestritten ist, so genügt doch das, was in ihr feststeht²⁾, auch diese Annahme als tatsächlich unhaltbar zu erkennen.

V.

Die bisherigen Versuche, das scheinbare Auftreten von Tribus in den Centuriatcomitien zu erklären, führen alle-
samt zu Widersprüchen gegen andere feststehende That-

¹⁾ Nach Lange S. 491 sollen die 18 Rittercenturien, zu je 3 zusammengelegt, die sex suffragia bilden. — ²⁾ Nämlich die Aufrufung der prima und secunda classis.

sachen. Wir suchen eine Lösung der unzweifelhaft vorhandenen Schwierigkeiten, indem wir die Art der Renuntiation in den Centuriatcomitien näher prüfen: Da es auf den numerischen Werth der Gesamtstimmenzahl dabei gar nicht ankommt, so bezeichnen wir diese Constante allgemein mit $2n + 1$.

Unbestritten ist, dass die zweite renuntiatio nur so lange fortgesetzt wurde, als bis die Mehrheit erreicht war. Da nach bekannten römischen Grundsätzen niemals eine Abtheilung ausfallen durfte, sondern nöthigen Falls durch Angehörige anderer Abtheilungen vertreten wurde, so war bei den Centuriatcomitien diese Zahl unabänderlich $n + 1$. Hatte bei der Schlussrenuntiation ein Bewerber diese Zahl erreicht, so erfolgte die Verkündigung seiner Wahl.

Es versteht sich aber keineswegs von selbst, wie früher einmal behauptet ist, dass auch die Abstimmung selbst nur so lange fortgesetzt wurde. Das moderne politische Leben kennt ein Abbrechen einer successiven Abstimmung nach erreichter Mehrheit überhaupt nicht; bei den Römern stimmen in den Curien- und Tribusversammlungen sämtliche Abtheilungen. Ueberall im politischen Leben werden Fälle eintreten, wo es wichtig ist, festzustellen nicht bloss, dass eine Mehrheit vorhanden ist, sondern auch, wie gross sie ist, und wie sie sich zusammensetzt. Die namentlichen Abstimmungen der modernen Parlamente sind aus diesem Bedürfniss hervorgegangen.

Nun wird zwar von der ursprünglichen servianischen Verfassung berichtet, dass die späteren Classen nicht mehr zur Abstimmung kamen, wenn die Mehrheit erreicht war.¹⁾ Aber selbst wenn diese Angabe für die Zeit vor der Reform richtig sein sollte, so stehen für die reformirte Verfassung der gleichen Annahme bestimmte Zeugnisse entgegen. Cicero (de imp. Cn. Pomp. 1, 2) rühmt von sich *ter praetor primus centuriis cunctis renuntiatus sum*. Allerdings ist es möglich, diese Stelle zu erklären²⁾ auch bei der Annahme, wie sie zuletzt wieder Mommsen im Staatsrecht (III S. 413) ver-

¹⁾ Dionys 4, 20; 7, 59; 10, 17. Livius 1, 43, 11 *ibi si variaret, quod raro incidebat, ut secundae classis vocarentur* geht offenbar von der gleichen Anschauung aus. — ²⁾ Es ist kaum nöthig, zu bemerken, dass *cunctis* oder *omnibus* in solchen Stellen nicht auf die $n + 1$

treten hat, dass die Abstimmung nach erreichter Mehrheit abbrach. Man muss dann annehmen, dass die Stimmen für die übrigen Prätorstellen sich der Art zersplitterten, dass mit der *renuntiatio pro centuria* bis zur letzten fortgefahren werden musste, weil für eine oder mehrere Stellen noch kein Bewerber die nothwendige Zahl von $n + 1$ Stimmen erhalten hatte. Wenn nun die ersten $n + 1$ Centurien, deren Stimmen bei der Schlussrenuntiation zur Verlesung kamen, Cicero an erster Stelle zum praetor gewählt hatten, so musste er nach der Verlesung der $n + 1$ ten als praetor primus renuntiiert werden. Die übrigen n Centurien nannten wie die vorhergehenden jede 8 Namen und an erster Stelle gleichfalls Cicero. Rechtlich hatten diese weiteren, für Cicero abgegebenen, Stimmen keine Bedeutung mehr, aber durch die fortgesetzte *renuntiatio* konnte die Thatsache festgestellt werden, dass ihn alle Centurien gewählt hatten.

Wir sind über diese Wahl, wie über einen anderen Fall, den Cicero erwähnt¹⁾, nicht hinreichend unterrichtet, um beurtheilen zu können, ob die nothwendige Voraussetzung einer ausserordentlichen Stimmzersplitterung bei ihnen zutrifft. Nach bekannten Gesetzen der Wahrscheinlichkeitsrechnung ist es höchst unwahrscheinlich, dass sich drei Mal hintereinander bei den Wahlen zur Prätur derselbe verwickelte Fall zutrug. Aber es giebt andere Fälle, wo jene Voraussetzung ausgeschlossen ist. Die furchtbar ernste Lage Roms nach der Niederlage bei Cannae machte in der folgenden Zeit dem Parteitreiben bei den Wahlen ein Ende; traten einmal Versuche hervor, ungeeignete Männer zu wählen, so schritten die Magistrate sofort ein, und ihren ernsten Hinweisen auf die Lage des Staates fügte sich regelmässig die Bürgerschaft. Von mehreren dieser Consulwahlen, bei denen nur zwei Bewerber genannt wurden, sagt Livius²⁾ „alle Centurien“ wählten sie. Besonders belehrend ist sein Bericht (26, 18) über die Wahl

Stimmen bezogen werden kann, weil jeder, der überhaupt in Centuriatcomitien gewählt wurde, diese Zahl erhalten musste.

¹⁾ Cicero pro Sulla 32, 91 . . . diem quo consul omnibus centuriis P. Sulla renuntiatus est; vgl. in Vatin. 5, 11 cum P. Sestius quaestor esset cunctis suffragiis factus . . . — ²⁾ Liv. 26, 22; 27, 21; 28, 38 (vergl. 29, 22); ceterae centuriae 24, 9.

Scipios zum proconsul in Spanien. Niemand hatte sich überhaupt bis zum Wahltage gemeldet; da trat Scipio allein als Bewerber auf; *iussi deinde inire suffragium ad unum omnes non centuriae modo, sed etiam homines P. Scipioni imperium esse in Hispania iusserunt*. Die starke Hervorhebung *ad unum omnes* zeigt deutlich, dass hier alle überhaupt vorhandenen Centurien gemeint sind. Ein Schriftsteller konnte wohl in der Art übertreiben, dass er eine starke Mehrheit in Einstimmigkeit verwandelte, aber, wenn wir der Annahme folgen, dass stets in den Centuriatcomitien die Abstimmung nach erreichter Mehrheit abbrach, so hätte Livius etwas erfunden, was in einem solchen Fall nach römischer Ordnung niemals hätte vorkommen können. — Als im J. 554/200 die Kriegserklärung gegen Philipp von Macedonien beantragt wurde, weigerte sich die kriegsmüde Bürgerschaft; *rogatio de bello Macedonico primis comitiis ab omnibus ferme centuriis antiquata est* (Liv. 31, 6). Auch hier wird eine Abstimmung sämtlicher Centurien vorausgesetzt, obwohl bei der allgemeinen Abneigung gegen den Krieg die Befragung von wenig mehr als der Hälfte genügt hätte.

Natürlich sind die angeführten Stellen allen denen bekannt, welche sich mit diesen Dingen beschäftigt haben. Aber vergebens haben wir nach einer Erklärung gesucht, wie diese Stellen unter der Annahme des Abbruches der Abstimmung zu verstehen seien.

Unseres Erachtens führen sie mit Nothwendigkeit zu der Annahme, dass in der reformirten Verfassung sämtliche Centurien ihre Stimme abgaben, und dass für alle die *renuntiatio pro centuria* stattfand. Diese Annahme wird bestätigt durch die für die Centuriatcomitien bezeugte Loosung der Tribus.

Wir haben schon vorher kurz an das abweichende Verfahren der Römer bei der Feststellung des Endergebnisses erinnert. Gewählt ist, wer zuerst die absolute Mehrheit der Abtheilungsstimmen erreicht hat. Bei den Römern ist diese für jede Art der Comitien stets dieselbe feste Zahl; und, streng genommen, wird der Bewerber um ein Amt nicht mit mehr oder weniger Stimmen, sondern immer mit der gleichen festen Zahl gewählt.

Diese Ordnung beeinflusst aber nicht nur die Ehrenfrage, wer an erster oder zweiter Stelle u. s. w. als gewählt verkündet wird; sondern unter den vielen, nach unseren Begriffen seltsamen Folgen jener Ordnung ist wohl die seltsamste die, dass nach dem Wortlaut des Stadtrechts von Malaca der Fall eintreten konnte, dass von mehreren Candidaten gerade der durchfiel, welcher die meisten Stimmen erhalten hatte. Da allseitig anerkannt ist, dass die Vorschriften der spanischen Stadtrechte über das Wahlverfahren genaue Nachbildungen der römischen Ordnung sind, so verdeutlichen wir den Satz an den römischen Tribuscomitien. Aus zahlreichen Erwähnungen steht fest, dass da, wo mehrere Stellen derselben Magistratur zu besetzen waren, nicht der Reihe nach über die einzelnen Stellen abgestimmt wurde, sondern dass von jedem Wähler gleichzeitig so viel Namen genannt oder später aufgeschrieben wurden, als Stellen zu besetzen waren. Wenn z. B. von den 35 Tribus 2 curulische Aedilen zu wählen waren, so wurden 70 Namen aufgeschrieben, von denen höchstens je 35 gleichlautend sein konnten, und bei der Schlussrenuntiation wurden diejenigen als gewählt verkündet, welche zuerst 18 Stimmen erhalten hatten. Nehmen wir nur 4 Bewerber an, so konnte A die Stimmen der ersten 18 Tribus, die nach der Losung zur Renuntiation kamen, erhalten, während 10 dieser Tribus als zweiten B, 8 dagegen als zweiten C nannten. Von den übrigen 17 Tribus wählten alle für die eine Stelle C, für die zweite Stelle 8 B, 9 D. Dann wurden A und B mit je 18 Stimmen als Aedilen renuntiirt, und zwar A nach Verlesung der achtzehnten, B nach der der sechsundzwanzigsten Tribus. Dagegen fiel C durch, obwohl er 25 Stimmen erhalten hatte.

Das römische Verfahren, das Wahlergebniss festzustellen, war also nicht blos von Einfluss auf die Ehrenfrage der Reihenfolge, in welcher die Gewählten renuntiirt wurden, sondern konnte unter Umständen auf den Ausfall der Wahl bestimmend einwirken.¹⁾ Das mag nach modernen Begriffen

¹⁾ Dies hat Laboulaye (*Les tables de bronze de Malaga*, *Revue hist. de droit français et étranger* 1855 S. 571) richtig erkannt, obwohl er ein unmögliches Beispiel vorbringt, und seine übrigen Ausführungen verkehrt sind; richtiger Lange a. a. O. S. 482 ff.

seltsam erscheinen, wie manche unserer gegenwärtigen Einrichtungen einst fernen Geschlechtern der Zukunft sicherlich auch unbegreiflich vorkommen werden. Thatsächlich ist es nicht wunderbarer, als der Einfluss der gleichfalls durchs Loos bestimmten Praerogativa. In beiden Fällen liegt der Gedanke zu Grunde, dass im Loose nicht der Zufall, sondern der Wille der Götter waltet.

Dass auch bei den Centuriatcomitien vor der Schlussrenuntiation eine Loosung über die Reihenfolge stattfand, bezeugt ausdrücklich Lucan. Er schildert 5, 392 ff. eine Scheinwahl unter dem Diktator Caesar im Jahr 705/49:

fingit solemnia campi
et non admissae diribet suffragia plebis
decantatque tribus et vana versat in urna.

Nach der richtigen Erklärung dieser Stelle, welche zuerst Lange¹⁾ gegeben hat, schreitet Caesar nach der diribitio suffragiorum zur sortitio als Vorbereitung der Schlussrenuntiation. Wann aber fand die Loosung statt, z. B. bei den prätorischen Wahlcomitien der Zeit Ciceros? Die Anhänger der Abbrechungshypothese werden natürlich antworten: wenn 8 Bewerber die nothwendige Zahl $n + 1$ erreicht hatten, und nur im Falle, dass nicht 8 diese erreichten, nach der Abstimmung sämtlicher Centurien. Man müsste dann annehmen, dass ausser der Liste für die Abstimmung der Centurien noch für jeden Bewerber eine besondere Liste geführt wurde, und dem wahlleitenden Magistrat jedesmal Anzeige gemacht wurde, wenn ein Bewerber die $n + 1$ Stimmen erreicht hatte. Dies Verfahren wäre modern gedacht, widerspräche aber den römischen Grundsätzen das Wahlergebniss festzustellen. Denn nach ihnen entscheidet nicht ohne weiteres die Zahl der abgegebenen Stimmen, und die Schlussrenuntiation ist keine blosse Formalität. Wir werden vielmehr durch die Analogie zu derselben Annahme geführt, welche unmittelbare Zeugnisse uns vorher schon als nothwendig erscheinen liessen: in der reformirten Ordnung stimmten sämtliche Centurien, und nachdem für

¹⁾ A. a. O. S. 469, doch verwarf Lange mit Unrecht Lucans Zeugnis. — Die handschriftliche Ueberlieferung giebt „campus“ und das unmögliche „dirimit“.

jede die *renuntiatio pro centuria* erfolgt war, fand die Loosung für die Schlussrenuntiation statt.

Diese Loosung bezog sich nach Lucans bestimmten Worten auf die *Tribus*¹⁾. Ihre durchs Loos festgestellte Reihenfolge war also maassgebend für die Reihenfolge, in welcher die Abstimmungen der Centurien verkündet wurden.

Dies Verfahren war auch sachlich geboten, da eine Loosung unter den 350 Centurien selbst die Comitien ins Unendliche ausgedehnt hätte.

War die Reihenfolge der *Tribus* für die Schlussrenuntiation durchs Loos festgesetzt, so liess sich bei dieser ein doppeltes Verfahren einschlagen. Man konnte entweder auch jetzt nach den fünf Classen vorgehen und auf die 2×35 Centurien jeder Classe die durchs Loos bestimmte Folge der *Tribus* anwenden; oder man liess die Classen, deren Unterschiede schon bei der Abstimmung zur Geltung gekommen waren, jetzt bei Seite, und man renuntiirte die 10 Stimmen der *iuniores* und *seniores* derselben *Tribus* hinter einander.

Die ganze Reform ging darauf aus, die Centurienordnung in enge Verbindung mit den *Tribus* zu setzen und die Centurienversammlung der *Tribus*versammlung zu nähern. Darum

¹⁾ Mommsen S. 411 Anm. 1 setzt *tribus* an dieser Stelle gleich den Centurien der ersten Classe. Aber auch, wenn man mit ihm annimmt, dass die Abstimmung nach erreichter Mehrheit abgebrochen wurde, muss man trotzdem fragen, nach welchen Grundsätzen die Stimmen der übrigen Classen renuntiirt wurden. Bei dem Zudrang zum Consulat — sechs und mehr Bewerber werden öfter genannt — versteht es sich von selbst, dass die in Folge dessen eintretende Zersplitterung der Stimmen eine Befragung auch der unteren Classen häufig nothwendig machte. Bei den Consulwahlen für 538/216 traten 3 Bewerber für die patricische, 3 für die plebejische Stelle auf; am ersten Tage wurde nur C. Terentius gewählt (Liv. 22, 35). Desgleichen erhielt von 4 Bewerbern für das Consulat des J. 565/189 bei den ersten Comitien nur einer die erforderliche Stimmenzahl (Liv. 37, 47). In beiden Fällen müssen also sämtliche Centurien ihre Stimmen abgegeben haben. Unmöglich konnte sich die *sortitio* hier nur auf die Centurien der ersten Classe beziehen. Irgend eine Ordnung für die Renuntiation der anderen Stimmen musste doch für solche Fälle festgesetzt sein. Welcher Art diese gewesen sein sollte, wenn die Stimmcenturien der unteren Classen aus 2 und 3 *Tribus*centurien zusammengesetzt gewesen wären, dürfte freilich schwer zu sagen sein.

ist unter den beiden möglichen Annahmen die zweite wahrscheinlicher.

Sie erklärt ausserdem in einfacher und befriedigender Weise die Stellen, an denen scheinbar die Tribus als Wahlkörper der Centuriatcomitien genannt werden.

Dichter können einen Theil eines Gegenstandes nennen und es der Phantasie des Lesers überlassen, die angeregte Vorstellung auf das Ganze zu erstrecken. So lange aber das Ganze nicht einem Theil gleich ist, kann Cicero in einer politischen Rede mit *extrema tribus suffragiorum* nicht eine einzelne Centurie, das Zehntel einer Tribus, sondern eben nur eine Tribus bezeichnet haben. Freilich nicht eine Tribus in dem Sinne, wie sie als konkreter Wahlkörper in den Tribuscomitien auftrat; darum braucht Cicero auch nicht wie sonst schlechtweg *tribus* allein. Sondern die Tribus als ideelle Zusammenfassung von 10 Centurienstimmen, wie sie bei der Renuntiation erschien, eine ideelle Einheit, die sich nicht treffender bezeichnen liess, als eben durch *tribus suffragiorum*.

Es ist aber ferner zu bedenken, dass in den Zeiten der reformirten Verfassung die Unterschiede der Classen überhaupt zurücktraten. Dagegen machte sich auch in den Centuriatcomitien der feste Zusammenhang der Tribulen derselben Tribus fühlbar, und für die Zeit Ciceros dürfen wir annehmen, dass der Regel nach die Centurien einer Tribus in gleichem Sinne ihre Stimme abgaben. Der innere Zusammenhang der Centurienstimmen einer Tribus kam zum äusseren, sinnfälligen Ausdruck bei der tribusweise erfolgenden Renuntiation. Es ist darum sehr begreiflich, dass man da, wo es auf eine genaue Bezeichnung nicht ankam, wo ausserdem für römische Hörer und Leser kein Missverständniss möglich war, auch in Bezug auf die Centuriatcomitien von dem thatsächlich entscheidenden Verhalten der Tribus sprach. Und jene Stellen des Livius, an denen von der Haltung einzelner Tribus in den Centuriatcomitien die Rede ist, finden somit eine befriedigende Erklärung.

Desgleichen werden Polybius Worte jetzt erklärlich. Sie stehen in einer kurzen Uebersicht der Rechte des römischen Volkes, welche er nicht als Jurist, sondern als Politiker für griechische Leser gab. Wie er bei Erwähnung des Volks-

gerichts im Multprozess nur von einer erheblichen Geldbusse (*ἀξιοχρεων τίμημα*) spricht, ohne die Provokationsgrenze näher zu bezeichnen, so übergeht er mit gutem Grunde bei Erwähnung des Exilrechts die Besonderheiten der doppelten Renuntiation. Worauf es für ihn nur ankam, war der Satz: der Verurtheilte behält die Freiheit, in die Verbannung zu gehen bis zum Augenblick, da der Volksbeschluss vollzogen ist. Thatsächlich war dies der Zeitpunkt, wo bei der Schlussrenuntiation die Centurienstimmen der letzten Tribus, welche die Mehrheit machten, zur Verkündung kamen. Wollte Polybius diesen Zeitpunkt juristisch genau bestimmen, so hätte er seinen griechischen Lesern erst das römische Verfahren der doppelten Renuntiation entwickeln müssen. Es ist darum eine begreifliche und entschuldbare Ungenauigkeit, wenn er an Stelle der Stimmverkündung die Stimmabgabe setzte und doch in Erinnerung an den wahren Verlauf die Erwähnung der Tribus beibehielt.

Nur an jener Stelle des Livius (S. 221), wo scheinbar nur 2 Centurien derselben Tribus auftreten, bleibt der Anstoss bestehen. Wir nehmen ihn an Livius Ausdrucksweise mit Recht; für uns liegt eine Unklarheit vor. Aber wenn die sachliche Annahme, zu der jene Stelle, für sich allein betrachtet, moderne Leser führen kann, für römische der augustischen Zeit undenkbar war, so bestand für sie auch die Gefahr jener falschen Auslegung nicht. Jede geschichtliche Schilderung setzt eine gewisse Kenntniss der behandelten Verhältnisse bei den Lesern voraus. Dass sich Livius hätte deutlicher ausdrücken können, ist gewiss. Indess jeder, der sich öfter mit Ausländern über heimische Verhältnisse unterhielt, wird an sich erfahren haben, wie sehr wir geneigt sind, was uns selber geläufig und vertraut ist, als selbstverständlich zu betrachten. Wir besorgen Missverständnisse nicht, die für uns selber durch die Kenntniss von mancherlei Nebenumständen ausgeschlossen sind, und wir rufen sie doch bei jenen hervor, die der gleichen Kenntniss ermangeln. —

Dagegen erfährt eine andere Thatsache jetzt eine neue Beleuchtung. Wir erinnerten schon daran, dass die ganze Wahlbestechung ausschliesslich nach Tribus organisirt war. Wir erkennen jetzt, warum es ausser der Stimmenzahl für die

Bewerber wichtig war, dass die Centurien derselben Tribus geschlossen für sie stimmten. Beim Consulat waren gewöhnlich mehrere Bewerber vorhanden; bei Zersplitterung der Stimmen konnten stets 3 bei der *renuntiatio pro centuria* die nothwendige Zahl von $n + 1$ Stimmen erreichen. Entscheidend war, für wen sie bei der Schlussrenuntiation zuerst festgestellt wurde. Hatten die drei Bewerber ungefähr gleich viel Stimmen erhalten, so standen die Aussichten desjenigen am besten, für den die meisten Stimmtribus geschlossen gestimmt hatten. Falls die Loosung für ihn nicht besonders ungünstig ausgefallen war, durfte er darauf rechnen, zuerst renuntiirt zu werden.

Wir haben die Lehre des Pantagathus nicht umgeändert, sondern nur nach einer Richtung hin weiter ausgeführt, auf die sich die Aufmerksamkeit erst nach dem Bekanntwerden der spanischen Stadtrechte richten konnte. Wir haben schliesslich noch der Einwände zu gedenken, die aus innern Gründen gegen jene Lehre erhoben sind. Am häufigsten ist seit Niebuhr auf die angenommene grosse Zahl von Stimmabtheilungen hingewiesen. Lassen wir die unsicheren und in jeder Beziehung gleichgültigen 5 Zusatzcenturien bei Seite, so waren $18 + 10 \cdot 35 = 368$ Abtheilungen vorhanden, gewiss ein sehr umständlicher Wahlapparat. Aber aus Ciceros bekanntem Brief über die Wahl des Caninius Rebilus (*ad fam.* 7, 30) sehen wir, dass die Centuriatcomitien ein solcher thatsächlich waren. Diese Wahl im J. 709/45 eines *consul suffectus*, die unter dem Vorsitz des Dictator Cäsar glatt verlief, dauerte fünf Stunden¹⁾.

Wir haben ferner zu bedenken, dass jene 368 Centurien in 5 Abtheilungen antraten, und in der ersten 88, in den übrigen je 70 Centurien gleichzeitig stimmten. Die Masse der Stimmenden wird im Durchschnitt die gleiche gewesen sein, wie in den Tribuscomitien.

Wie schwach die Comitien im allgemeinen besucht waren, sagt uns Cicero²⁾. Es mag rednerische Uebertreibung sein,

¹⁾ Wir haben es also in diesem Fall, wo es sich um die Ausführung eines Befehles Caesars handelte, mit einem Minimal-, nicht einem Durchschnitts-Werth zu thun. — ²⁾ *pro Sest.* 51, 109 *venio nunc ad comitia sive magistratuum placet sive legum. leges videmus saepe*

wenn nach ihm oft eine Tribus nur durch 5 Mann vertreten war und noch dazu nur scheinbar, weil man die 5 aus einer anderen Tribus nahm, damit die Abtheilung nicht ausfiel. Aber soviel dürfen wir seiner Schilderung entnehmen, dass die einzelnen Centurien in den Comitien der Regel nach von sehr geringer Kopfstärke waren. Demnach kann auch die Feststellung des Ergebnisses pro centuria nicht zu viel Zeit gekostet haben.

Erheblicher ist scheinbar der Einwurf, bei gleicher Stimmzahl der Classen hätte der Fall eintreten können, dass die Zahl der in die erste Classe Eingeschätzten grösser war als die Zahl der Stimmberechtigten in einer niederen. Dann wäre das Stimmrecht der Vermögendsten ein schlechteres gewesen. Es ist noch kein Wahlsystem gefunden worden, das nicht unter Umständen zu Absurditäten führen kann. Die technischen Mängel der modernen Systeme sind oft genug behandelt¹⁾. Wir geben also auch für die Römer jene Möglichkeit ohne Weiteres zu. Mommsen hat früher dagegen geltend gemacht, dass die Censoren in solchem Fall Abhülfe schaffen konnten²⁾. Wir halten diese Entgegnung für durchaus zutreffend. Wesentlicher aber ist die Thatsache, welche jener Einwurf übersieht, dass eine Stimmengleichheit nicht besteht. Denn die Vermögendsten haben nicht blos die 70 Centurien, sondern auch die 18 Rittercenturien. In der Zeit zwischen dem ersten und zweiten punischen Kriege, in welche die Reform gesetzt werden muss, wurden die Ritter jener Centurien, die equites equo publico, deren wahrscheinlich nie mehr als 1800 waren, aus den Vermögendsten genommen. Wenn diese 1800 in ihren 18 Abtheilungen ein Stimmrecht besaßen, das an Gewicht beinahe einem Viertel einer ganzen Classe gleichkam, so lag darin eine genügende Ausgleichung

ferri multas: omitto eas quae feruntur ita, vix ut quini et ei ex aliena tribu qui suffragium ferant reperiantur.

¹⁾ Vergleiche R. v. Mohl, Encyclopädie S. 243, Bluntschli, Politik S. 473 ff. — ²⁾ R. G. I⁷ (1881) S. 819: „Indess wiegt dies an sich sehr gegründete Bedenken insofern nicht schwer, als die Censoren über die Abgrenzung der Stimmabtheilungen mit einer nach unseren Anschauungen befremdenden Willkür verfügten; vermuthlich schrieben sie, wenn dieser Fall eintrat, die niedrigst Besteuernten der höheren Classe der folgenden zu, bis die Kopfzahl wenigstens gleich war.“

auch für etwaige Ungleichheiten zwischen der ersten und zweiten Classe.

Wir dürfen uns endlich nicht einseitig durch moderne Anschauungen bei der Beurtheilung eines römischen Wahlsystems leiten lassen. Wir sind gewohnt, bei Wahlen einzig und allein die Zahlenverhältnisse ins Auge zu fassen. Bei den Römern waren sie nicht allein entscheidend. Für moderne Begriffe ist die Wichtigkeit des Vorstimmrechts fast unverständlich geworden; die Römer haben seinen Werth sehr hoch angeschlagen. Dies beweisen nicht bloß bekannte Aussprüche¹⁾ und einzelne Vorfälle²⁾, sondern noch mehr die Thatsache, dass die Reform es den Rittern, das heisst für jene Zeit dem alten Adel, nahm. Aber es blieb der ersten Classe. Diese Wichtigkeit der praerogativa beruht auf dem Glauben oder Aberglauben, dass sich in ihrer Abstimmung der Wille der Gottheit ominis instar offenbart.

„Man kann die Wichtigkeit des Vorstimmrechts nicht hoch genug veranschlagen“, schreibt darum mit vollem Recht Mommsen in der Römischen Geschichte³⁾.

Wenn ausser dem Mehr von 18 Stimmen dieses überaus wichtige und einflussreiche Recht der ersten Classe, also den Vermögendsten, blieb, so ist man nicht berechtigt, dies ganze Wahlsystem „albern“ zu schelten. Auch die sachlichen Einwände gegen Pantagathus Lehre sind hinfällig.

Um unsere Untersuchung über die Abstimmungsordnung der reformirten Verfassung zum Abschluss zu bringen, haben wir noch die 18 Rittercenturien zu untersuchen. Nach Livius (1, 43, 11) Zeugniß steht für die ursprüngliche Ordnung fest, dass sie vor der ersten Classe stimmten, ebenso für die spätere, dass ihnen das Vorstimmrecht genommen war.

Unter den 18 Centurien wurden unterschieden 6 ältere und 12 jüngere; für jene bezeugen Cicero an der vorher be-

¹⁾ Cicero pro Plancio 20, 49 una centuria praerogativa tantum habet auctoritatis, ut nemo unquam prior eam tulerit, quin renuntiatus sit aut iis ipsis comitiis consul aut certe in illum annum; de divin. 1, 45, 103 praerogativam enim maiores omen iustorum comitiorum esse voluerunt. — ²⁾ Liv. 5, 18 und die S. 221 angeführten Stellen. — ³⁾ I* (1888) S. 820.

handelten Stelle und Festus p. 334 den Namen *sex suffragia* ¹⁾. Die bestrittene Frage, ob in der servianischen Verfassung zwischen beiden Gruppen ein Unterschied in der Zusammensetzung bestanden hat, berührt uns hier nicht. Denn für die Zeit der reformirten Ordnung bestand ein solcher nachweislich nicht ²⁾. Mochte sich im streng amtlichen Sprachgebrauch die Bezeichnung *sex suffragia* erhalten, in der gewöhnlichen Rede bezeichnete man mit *equitum centuriae* sämtliche 18 Rittercenturien ³⁾.

Die Schilderung der Wahl Dolabellas zum Consul im J. 710/44, welche Cicero Philipp. 2, 33 giebt, lautet nach der Ueberlieferung: *Ecce Dolabellae comitiorum dies: sortitio praerogativae; quiescit. renuntiatur; tacet. prima classis vocatur [renuntiatur]; deinde, ita ut adsolet, suffragia; tum secunda classis vocatur; quae omnia sunt citius facta quam dicta. confecto negotio bonus augur — C. Laelium diceres — 'alio die' inquit. Nimmt man an, wie heute die Meisten ⁴⁾, dass *renuntiatur* an der zweiten Stelle durch Versehen wiederholt ist und streicht es demgemäss, so wird die Stelle klar und verständlich. Man hat aber Anstoss genommen an den Worten *ita ut adsolet*; sie seien störend, weil man nicht recht einsehe, was Cicero bestimmt haben mochte, eine so selbstverständliche Handlung mit einem solchen Zusatz einzuführen.*

Niebuhr nahm bekanntlich an, unter den *suffragia* seien hier die *sex suffragia* zu verstehen. Selbst dieser Ausdruck kommt in der ganzen römischen Litteratur nur an den beiden vorher genannten Stellen vor; nach Livius ⁵⁾ (1, 36, 8) war die später übliche Bezeichnung überhaupt nicht *sex suffragia*, sondern *sex centuriae*. Unmöglich kann also *suffragia* ohne Beisatz = *sex suffragia* genommen werden. Falls Cicero von ihnen gesprochen hätte, müsste das Zahlwort ausgefallen sein.

Nehmen wir dies für den Augenblick an, so hat man

¹⁾ Völlig räthselhaft ist die Entstehung der Bezeichnung; der ältesten, rein militärischen Centurienordnung kann sie nicht angehören.

— ²⁾ Wie Mommsens Staatsr. III S. 254 bewiesen hat. — ³⁾ Z. B. Cicero pro Mur. 26, 54; 35, 73 ad fam. 11, 16 Q. Cicero pet. cons. 8, 33. —

⁴⁾ Doch ist Mommsen jetzt (Staatsrecht III S. 254; anders Römische Forsch. I S. 136) der Niebuhrschen Auffassung wieder beigetreten. —

⁵⁾ *quas nunc, quia geminatae sunt, sex vocant centurias.*

gänzlich übersehen, dass der einzige Anstoss, welcher bei der ersten Annahme möglich ist, bei der zweiten ganz unverändert bestehen bleibt. Denn als nothwendige Folgerung der Lesart *sex suffragia* oder der Auffassung von *suffragia* im Sinne der *sex suffragia* ergiebt sich, dass diese in der reformirten Verfassung in der Abstimmungsordnung ihren festen Platz zwischen der ersten und zweiten Classe gehabt haben müssten. Hätte diese Ordnung thatsächlich bestanden, so wäre es für Ciceros Zeitgenossen genau ebenso selbstverständlich gewesen, dass nach der Abstimmung der *prima classis* die *sex suffragia* aufgerufen worden, als dass dem Aufruf der *prima classis* die Stimmabgabe folgte; der Zusatz *ita ut adsolet* wäre für sie im einen Fall genau so entbehrlich gewesen als im zweiten¹⁾. Nach dieser Richtung hin hat die Niebuhrsche Auslegung nichts vor der anderen voraus. Dagegen fragt man bei ihr vergebens, warum denn Cicero, wenn er überhaupt die Ritter von der ersten Classe gesondert anführt, zwar die *sex suffragia*, aber nicht die 12 *equitum centuriae* erwähnt.

Entschieden wird meines Erachtens die Auslegung dieser Stelle, wenn man mit ihr die entsprechende Schilderung einer Wahl in den *Tribuscomitien* (*pro Planc.* 20, 49) vergleicht: *vocatae tribus, latum suffragium, diribitae tabellae, renuntiatae*. Hier wie dort folgt *suffragium* dem *vocare*.

Anders steht es mit *Livius* 43, 16: *cum ex duodecim centuriis equitum octo censorem condemnassent multaeque aliae primae classis . . .* Die Erklärung, dass *Livius* nur von 12 Centurien spricht, weil die sechs anderen erst nach der ersten Classe stimmten, ist vom Standpunkt der Textauslegung aus nicht anzutasten. Aber sie schafft andere Unbegreiflichkeiten. Die *sex suffragia* müssten also zwischen der ersten und zweiten

¹⁾ Warum Cicero den entbehrlichen Zusatz macht, ist gar nicht schwer zu erkennen. Er will nachdrücklich hervorheben: bis zum Aufruf der zweiten Classe ging alles seinen herkömmlichen Gang; da griff auf einmal *Antonius* ein. — *Confecto negotio* ist eine der Uebertreibungen, von denen die zweite *Philippica* strotzt; denn welche Annahme man auch über die Centurienzahl aufstellen will, mit der Berufung der zweiten Classe war das Wahlgeschäft in keinem Fall zu Ende. Wenn *Antonius* nach der *sortitio praerogativae* eingegriffen hätte, würde sich Cicero in dieser Rede vermuthlich ebenso wenig gescheut haben, *confecto negotio* zu sagen.

Classe oder mit dieser gestimmt haben. Es ist kein Grund zu finden, warum die Römer bei der Reform das Herkommen durchbrochen und die bisher zusammen abstimmenden Rittercenturien in 2 Stimmkörper zerrissen haben sollten. Das Vorstimmrecht war allen genommen; im übrigen machte es für den Werth des Stimmrechts gar keinen Unterschied, ob die 6 Centurien mit oder unmittelbar nach der ersten Classe stimmten. Die Massregel wäre also nur als eine praktisch bedeutungslose Ehrenminderung aufzufassen. Man könnte allenfalls die Zurücksetzung begreifen, wenn die sex suffragia in ihrer Zusammensetzung rein patricisch geblieben wären. Da aber anerkannter Maassen das Gegentheil stattfand, da aus historischer Zeit sonst überhaupt kein Unterschied zwischen beiden Gruppen angebbar ist, so ist die Annahme einer verschiedenen Stellung in der Stimmordnung höchst unwahrscheinlich.

Wir haben also zu wählen zwischen einer unbegreiflichen Einrichtung und dem Zugeständniss, dass wir nicht erklären können, warum Livius die sex suffragia übergangen hat¹⁾. Dass Irrthümer und Versehen in Schriften aller Zeiten vorkommen, deren Entstehung späterhin nicht mehr erkennbar ist, wird Niemand leugnen. Wir halten also die Annahme für wahrscheinlicher, dass Livius oder sein Gewährsmann aus Irrthum, Versehen oder Flüchtigkeit die sex suffragia übergangen hat, als die Annahme einer unerklärlichen Verfassungseinrichtung.

Wahrscheinlich stimmten also in der reformirten Ordnung die sämmtlichen 18 Rittercenturien mit der ersten Classe.

In welcher Reihenfolge innerhalb der 5 Classen die 70 Centurien stimmten, wird nicht überliefert. Welche beobachtet wurde, war für den Ausfall ganz gleichgültig, es kam nur darauf an, dass überhaupt irgend eine feststand. Am natürlichsten ist die Annahme, dass nach der Aufforderung des Magistrats zum Auseinandertreten (*discedere*) die *pedites* des Stimmheeres sich zunächst nach den 35 *Tribus* in der Reihenfolge des *certus ordo tribuum* aufstellten; nach der Loosung

¹⁾ Die anderen Versuche, die Uebergehung zu erklären, bedürfen als ganz hinfällig keiner Anführung.

und Abstimmung der praerogativa schritten dann die seniores und iuniores der ersten Classe jeder Tribus gleichzeitig und mit ihnen die 18 Rittercenturien zur Abstimmung. Das Ergebniss der Abstimmung der einzelnen Abtheilungen wurde für jede besonders verkündet; entweder auch nach dem ordo tribuum oder wahrscheinlicher einfach in der Reihenfolge, in welcher die Abstimmungen dem Magistrat gemeldet wurden, je nachdem eine Abtheilung früher oder später fertig war. Wenn die Abstimmung der 88 Centurien beendet war, wurde die zweite Classe berufen; von den Tribuscomplexen lösten sich abermals je 2 Centurien und schritten zur Abstimmung; und so fort, bis sämtliche Classen abgestimmt hatten. Dann erfolgte die Loosung der Tribus für die Schlussrenuntiation¹⁾. Nach der durchs Loos festgestellten Reihenfolge geschah die Renuntiation der 10 Centurienstimmen jeder Tribus, bis die Mehrheit festgestellt, oder bei Wahlen die nothwendige Zahl von Stellen besetzt war.

Mehr vielleicht, als manchem Leser genehm war, haben wir in dieser Abhandlung von mathematischen Begriffen und Bezeichnungen Gebrauch machen müssen. So mag es in einem hingehen, wenn wir schliesslich noch einmal an ein Beweisverfahren erinnern, das der Mathematik nicht eigenthümlich ist, aber in ihr sich als besonders fruchtbringend erwiesen hat; ich meine den Beweis durch Ausschliessung, bekannt vor allem in seiner besonderen Form als Beweis durch Eingränzung. Wie jeder weiss, beruht sein Wesen darin, dass nach vollständiger Disjunktion sämtlicher denkbaren n Fälle $n - 1$ als unmöglich erwiesen werden; die einzig übrig bleibende Annahme ist dann nothwendig.

Als einen Ausschliessungsbeweis im Grossen für Pantagathus Lehre dürfen wir auch die zahlreichen Untersuchungen unseres Jahrhunderts über die reformirte Verfassung betrachten. Die Liviusstelle legte die Verpflichtung auf, die 3 Eintheilungen nach tribus, classis, centuria mit einander zu verbinden.

¹⁾ Wie es bei dieser mit den 18 Stimmen der Ritter gehalten wurde, wird nicht überliefert. Man konnte ihnen ein für alle Mal einen festen Platz anweisen, oder sie als besondere Abtheilung mit den 35 Tribus mitloosen lassen.

Rechnungsmässig sind 6 Möglichkeiten vorhanden¹⁾; davon scheiden 2 ohne Weiteres aus, weil die *centuria* nicht als oberster Eintheilungsgrund verwandt werden kann. Es bleiben zwei Hauptfälle: entweder die Classen waren nach Tribus, oder die Tribus waren nach Classen geordnet. Die erste Annahme ist seit Huschke in mannigfaltigen Abwandlungen vertreten worden. Alle diese Versuche müssen bestimmte Tribus ausschliesslich einer besonderen Classe zuweisen. Abgesehen davon, dass alle diese Zutheilungen auf reiner Willkür beruhen, widerspricht der Grundgedanke dem feststehenden Charakter der Tribus in der Zeit der Reform. Eine Wiederholung solcher Versuche ist wohl kaum zu befürchten.

Blieb demnach die Eintheilung nach Tribus als oberste bestehen, so waren zwei Unterfälle möglich: Die einzelne Tribus zerfiel in 2 Centurien, diese in 5 Classen oder nach der Eintheilung in Classen in 2×5 Centurien. Die erste Annahme, die zuletzt Madvig vertrat, erwies sich als unmöglich. So bleibt eben nur als letzter möglicher Fall die Annahme des Pantagathus, jede Tribus zerfiel in 2×5 Centurien.

War dies Ergebniss befestigt, so entstand die weitere Frage: ist die Zahl dieser Centurien der Zahl der Stimmkörper in den Centuriatcomitien gleich gewesen oder nicht? Kam man auf Grund anderer Erwägungen zu der Annahme der Ungleichheit, so konnte unter den beiden logischen Möglichkeiten sachlich nur die eine in Betracht kommen, dass die Zahl der Stimmkörper kleiner war. Dann musste irgend welche Zusammenlegung der 350 Centurien stattfinden und zwar entweder in Wirklichkeit, so dass verschiedene Centurien einen Stimmkörper bildeten, oder nur rechnungsmässig, so dass aus den thatsächlich abgegebenen 350 Stimmen $\frac{350}{n}$ gebildet wurden. Zur ersten Annahme führte die viel verbreitete, aber unhaltbare Behauptung, die Gesamtstimmenzahl sei unverändert geblieben. Die zweite ging hervor aus dem Bestreben, zu erklären, wie scheinbar mitunter die Tribus als Wahlkörper genannt werden. Alle diese Versuche, eine Zusammenlegung

¹⁾ Denn die Zahl der Permutationen von 3 Elementen ist = $3 \cdot 2 \cdot 1$.

von Stimmen in der einen oder anderen Form nachzuweisen, haben wir als undurchführbar erkannt. So bleibt eben nur die Möglichkeit übrig, dass in der reformirten Verfassung die 5 Classen in 10 · 35 Centurien nicht bloss getheilt waren, sondern auch thatsächlich abstimmten, und dass 350 Stimmen gezählt wurden.

Alle Widerlegungen anderer Ansichten in dieser Arbeit hatten nur das eine Ziel, die Wahrheit dieses Satzes zu erweisen. Sie bleibt ganz unabhängig davon, ob man dem zustimmt, was wir über das Verfahren bei der Renuntiation entwickelten. Unsere Ausführungen räumen in einfacher Weise Schwierigkeiten weg, die bisher nicht zu lösen waren, ohne dass ihnen, soweit ich selber zu sehen vermag, irgend ein Zeugniß oder ein sachliches Hinderniß im Wege stände. Aber sollte man sie mit Gründen und nicht bloss mit Machtsprüchen widerlegen können, so würde damit nur ein Anhang beseitigt, nicht der Hauptsatz, dessen Wahrheit von ihm unabhängig ist.

Um zweifelhaftes von sicherem möglichst scharf zu trennen, haben wir von allen geschichtlich-politischen Betrachtungen gänzlich Abstand genommen. Sie treten erst dann in ihr Recht, wenn die Thatsachen sicher festgestellt sind; diese betreffen hier in letzter Linie bestimmte Zahlenverhältnisse. Sie sind zu ermitteln durch genaue Auslegung und Abwägung der vorliegenden Zeugnisse; aber die beliebten Betrachtungen über den mehr oder minder demokratischen Charakter der Reform, von denen eine immer der anderen widerspricht, können zur Ermittlung nichts beitragen, sondern haben nur Verwirrung gestiftet.

Unsere Arbeit aber hat ihre Bestimmung erfüllt, wenn es uns gelungen ist, den Nachweis zu erbringen, dass nunmehr sämtliche möglichen Annahmen über die reformirte Verfassung und besonders über ihre Stimmordnung thatsächlich aufgestellt und durchgearbeitet worden sind, dass aber von ihnen allen nur die Ansicht des Pantagathus als allein möglich übrig bleibt, und dass die Schwierigkeiten, welche sie bestehen liess, in einfacher Weise aufzuklären sind. Es ist gewiss ein karger Ertrag, welchen die emsige Arbeit so vieler Gelehrten diesem steinigen Felde der Forschung abgerungen

hat. Aber nur, wenn lebendige Quellen neuer Erkenntniss hervorbrechen sollten, dürften wir hoffen, dem erschöpften Boden eine reichere Ernte abzugewinnen.

Berlin.

Elimar Klebs.

X.

Gordians Decret von Skaptoparene.

Von

Theodor Mommsen.

In Thrakien, in dem noch heute gut angebauten und besonders weinreichen Thal des Strymon, im Gebiet der alten Stadt Pautalia, ungefähr 30 Milien südöstlich von derselben, liegt das bulgarische Dorf Dschumaja, in alter Zeit, wie die unten mitgetheilte Inschrift ergeben hat, Skaptoparene genannt. Eine halbe Stunde davon, in der Localität Gramadi, wurde im J. 1868 die Marmortafel gefunden, welcher dieselbe entnommen ist¹⁾. Zu Grunde liegt dabei eine von Konstantinos Kapélas genommene Abschrift des damals vollständigen Steins. Ausser dieser ist dem archäologischen Institut in Athen durch Herrn A. Kontoleon in Smyrna ein Abklatsch desselben gekommen; da indess inzwischen der obere Theil des Steins abgeschlagen und was noch vorhanden, übel zugerichtet ist, sind wir für jenen ganz und auch sonst häufig auf Kapélas Abschrift angewiesen. Die vorzugsweise wichtigen lateinischen Abschnitte sind von diesem, der kein Latein verstand, Buchstab für Buchstab — allerdings mit Auslassung einer Zeile — abgeschrieben worden und der Text kann hier auch für den verlorenen Theil als gesichert gelten; in den griechischen Actenstücken ist dies weniger der Fall und bleiben verschiedene Stellen recht unsicher. Veröffentlicht ist die Inschrift von dem oben genannten Herrn Kontoleon und zwar der griechische Theil in

¹⁾ Jireček (Sitzungsberichte der Berliner Akademie 1881 S. 468 und arch. epigr. Mitth. aus Oesterreich 1886 S. 75) hatte Kunde von der Inschrift, aber bemühte sich vergeblich um Abschrift derselben.

dessen ἀνέκδοτοι μικρασιανὰ ἐπιγραφαί Heft 1 (Athen 1890) S. 36 fg.; das ganze Document, mit Bemerkungen von Wilamowitz, Wolters und mir, in den Mittheilungen des athenischen Instituts Bd. 16 S. 267 fg.; Kapélas Abschrift und den Abklatsch habe ich selber einsehen können.

Die Disposition der Inschrift ist auffallend und auch für die sachliche Behandlung zu berücksichtigen. Sie begann mit der lateinischen Vormerkung, deren Zeilen offenbar über die ganze Breite der Tafel liefen; dieser Theil ist verloren und die Zeilenabtheilung unbekannt. Darauf folgen die griechischen Texte, in drei schmalen Columnen geschrieben, welchen jetzt allen die Köpfe fehlen; die Columnen setzen einander fort und weder sonst noch am Schluss der dritten begegnen leer gelassene Räume. Unterhalb dieser drei den Mittelraum füllenden Columnen folgt in vier wieder über die ganze Fläche laufenden Zeilen das kaiserliche Rescript; die letzte ist nicht voll und hat den Anschein einer Endzeile.

Für den Leserkreis dieser Zeitschrift kommen wesentlich nur die beiden lateinischen Abschnitte in Betracht; diesen ist der vollständige Apparat beigelegt. Die griechischen Abschnitte wegzulassen erschien nicht angemessen, wohl aber habe ich geglaubt hinsichtlich der Lesungen mich auf das Wesentliche beschränken zu sollen. In der daran geknüpften Ausführung ist über den Rechtsstreit selbst, in dem die fragliche kaiserliche Entscheidung ergangen ist, nur kurz gehandelt worden; die an diese sich knüpfenden Fragen sind nicht zunächst juristischer Art. Dagegen ist an diese Erörterung eine eingehende Darlegung über die Form und die Publication der kaiserlichen Rescripte geknüpft, welche in diesem Actenstück eigentlich zum ersten Mal in authentischer Weise uns entgegen-treten.

Bona fortuna. Fulvio Pio et [P]o[n]tio Proculo cons. XVII kal. Ian. descriptum [e]t reco[g]nitum factum [e]x [l]ibro [l]ibellorum rescript[o]rum a domino n(ostro) imp. Ca[e]s. M. Antonio Gordiano Pio Felice Aug. [e]t propo[s]it[o]rum
5 [R]oma[e] in portic[u] the[r]marum Tr[a]ianarum in ve[r]ba [q(uae)] i(nfra) s(cripta) s(unt).

Dat(um) per Aur(elium) Purrum mil(item) coh(ortis) X

[pr(aetoriae) p(iae) f(idelis) G]ordiana[e] [centuria] Proculi
con[vi]canu[m] et con[p]ossess[o]rem.

Die Abschrift 1 ROTIO — 2 IT RECOCNITVM — fXIIIBRO U,
BELLORVM RESCRIPTVRVM — 3 CAIS — 4 ITPROPOCITVRVM
FOMAI — PORTICO. IPRMARVM TR. IANARVM INVEBAISS. —
7 COH X . . RECORDIANAIC (statt 7) PROCVLI CONCANVNET
CONPOSSESS REM.

Ein M. Fabius Nomentinus *speculator*, *miles coh. X pr. 7 Proculi*
findet sich C. I. L. VI, 2743, aber die Inschrift ist eher aus dem 2. als
aus dem 3. Jahrhundert. — Ueber die oft erwähnten Traiansthermen
vgl. Becker Topogr. S. 687; die hier genannte Halle kommt wohl sonst
nicht vor.

Αὐτοκράτορι Καίσαρι Μ. Ἀντωνίῳ Γορδιανῷ Εὐσεβεῖ
Εὐτυχεῖ Σεβ. δέησις ¹⁾ παρὰ κωμητῶν Σκαπτοπαρήνων τῶν
καὶ Γρησειτῶν. Ἐν τοῖς εὐτυχεστάτοις καὶ αἰωνίοις σου
καιροῖς κατοικεῖσθαι καὶ βελτιοῦσθαι τὰς κώμας ἥπερ ἀνα-
στάτους γίνεσθαι τοὺς ἐνοικοῦντας πολλάκις ἀντέγραψας.
ἔστιν γε καὶ ἐπὶ τῇ τῶν ἀνθρώπων σωτηρίᾳ τὸ τοιοῦτο καὶ
ἐπὶ τοῦ ἱερωτάτου σου ταμείου ὠφελείᾳ. Δι' ὅπερ ²⁾ καὶ
αὐτοὶ ἔννομον ἰκεσίαν τῇ θειότητι σου προσκομίσομεν, εὐχό-
μενοι ἰλέως ἐπινεῦσαι ἡμῖν δεομένοις τὸν τρόπον τοῦτον.
Οἰκοῦμεν καὶ κεκτήμεθα ἐν τῇ προγεγραμμένῃ κώμῃ οὓση
εὐπεπράστῳ διὰ τὸ ἔχειν ὑδάτων θερμῶν χρῆσιν ³⁾ καὶ κεῖσθαι
μέσον δύο στρατοπέδων τῶν ὄντων ἐν τῇ σῇ Θράκῃ, καὶ ἐφ' οὗ
μὲν τὸ πάλαι οἱ κατοικοῦντες ἀόχλητοι καὶ ἀδειάσειστοι
ἔμενον, ἀνενδεῶς τοὺς τε φόρους καὶ τὰ λοιπὰ ἐπιτάγματα
συντετέλουν, ἐπεὶ δὲ κατὰ καιροὺς εἰς βίαν ⁴⁾ προχωρεῖν τινες
καὶ βιάζεσθαι ἤρξαντο, τηνικαῦτα ἐλαττοῦσθαι καὶ ἡ κώμη
ἤρξατο. Ἀπὸ γε μειλίων δύο τῆς κώμης ἡμῶν πανηγύρεως
ἐπιτελουμένης διαβοήτου οἱ ἐκεῖσε τῆς πανηγύρεως εἵνεκεν
ἐπιδημοῦντες ἡμέρας πέντε καὶ δέκα ἐν τῷ τόπῳ τῆς πανη-
γύρεως οὐ καταμένουσιν, ἀλλ' ἀπολιμπάνοντες ἐπέρχονται
εἰς τὴν ἡμετέραν κώμην καὶ ἀναγκάζουσιν ἡμᾶς ξενίας αὐτοῖς
παρέχειν καὶ ἕτερα πλεῖστα εἰς ἀνάλημψιν αὐτῶν ἄνευ
ἀργυρίου χορηγεῖν. Πρὸς δὲ τούτοις καὶ στρατιῶται ἀλλαχοῦ
πεμπόμενοι καταλιμπάνοντες τὰς ἰδίας ὁδοὺς πρὸς ἡμᾶς
παραγείνονται καὶ ὁμοίως κατεπείγουσιν παρέχειν αὐτοῖς τὰς

¹⁾ δέησις O. Hirschfeld, AEHCIC Kap. — ²⁾ δι' ὅπερ Wilamowitz, ὅπερ
Kap. — ³⁾ Diese warmen Quellen finden sich heute noch bei Dschumaja.
— ⁴⁾ εἰς βίαν Kap.

ξενίας καὶ τὰ ἐπιτήδεια μηδεμίαν τιμὴν καταβαλόντες. Ἐπιδη-
μοῦσι δὲ ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον διὰ τὴν τῶν ὑδάτων χρῆσιν οἱ
τε ἡγούμενοι τῆς ἐπαρχίας ἀλλὰ καὶ οἱ ἐπίτροποί σου. Καὶ
τὰς μὲν ἐξουσίας συνεχέστατα δεχόμεθα κατὰ τὸ ἀναγκαῖον,
τοὺς δὲ λοιποὺς ὑποφέρειν μὴ δυνάμενοι ἐνετύχομεν πλει-
στάκις τοῖς ἡγεμόσι τῆς Θράκης, οἵτινες ἀκολούθως ταῖς θείαις
ἐντολαῖς ἐκέλευσαν ἀοχλήτους ἡμᾶς εἶναι, ἐδηλώσαμεν γὰρ
μηκέτι ἡμᾶς δύνασθαι ὑπομένειν, ἀλλὰ καὶ νῦν ἔχειν ἐνγ-
καταλιπεῖν καὶ τοὺς πατρώους θεμελίους διὰ τὴν τῶν ἐπερχο-
μένων ἡμῶν βίαν, καὶ γὰρ ὡς ἀληθῶς ἀπὸ πολλῶν οἰκο-
δεσποτῶν εἰς ἐλαχίστους κατεληλύθαμεν. Καὶ χρόνῳ μὲν
τινὶ ἰσχυσεν τὰ προστάγματα τῶν ἡγουμένων καὶ οὐδεὶς
ἡμῶν ἐνόχλησεν οὔτε ξενίας ὀνόματι¹⁾ οὔτε παροχῆς ἐπιτη-
δείων, προϊόντων δὲ τῶν χρόνων πάλιν ἐτόλμησαν ἐπιφύεσθαι
ἡμῶν πλεῖστοι ὅσοι τῆς²⁾ ἰδιωτίας ἡμῶν καταφρονοῦντες.
Ἐπεὶ οὖν οὐκέτι δυνάμεθα φέρειν τὰ βάρη καὶ ὡς ἀληθῶς
κινδυνεύομεν ὅπερ οἱ λοιποὶ τόδε³⁾ καὶ ἡμεῖς προλιπεῖν τοὺς
προγονικοὺς θεμελίους, τούτου χάριν δεόμεθά σου, ἀνίκητε
Σεβαστέ, ὅπως διὰ θείας σου ἀντιγραφῆς κελεύσης⁴⁾ ἕκαστον
τὴν ἰδίαν πορεύεσθαι ὁδὸν καὶ μὴ ἀπολιμπάνοντας αὐτοὺς
τὰς ἄλλας κόμας ἐφ' ἡμᾶς ἔρχεσθαι, μηδὲ καταναγκάζειν
ἡμᾶς χορηγεῖν αὐτοῖς προῖκα τὰ ἐπιτήδεια, ἀλλὰ μηδὲ ξενίαν
αὐτοῖς παρέχειν, οἷς μὴ ἔστιν ἀνάγκη, (ὅτι γὰρ οἱ ἡγούμενοι
πλεονάκις ἐκέλευσαν μὴ ἄλλοις παρέχεσθαι ξενίαν εἰ μὴ τοῖς
ὑπὸ τῶν ἡγουμένων καὶ ἐπιτρόπων πεμπομένοις εἰς ὑπηρεσίαν
εἰάν γε βαρῶμεθα⁵⁾, φευξόμεθα ἀπὸ τῶν οἰκείων καὶ μεγί-
στην ζημίαν τὸ ταμεῖον περιβληθήσεται) ἵνα ἐλεηθέντες διὰ
τὴν θείαν σου πρόνοιαν καὶ μείναντες ἐν⁶⁾ τοῖς ἰδίῳις τοῖς
τε ἱεροῦς φόροις καὶ τὰ λοιπὰ τελέσματα παρέχειν δυνησό-
μεθα. Συμβήσεται δὲ τοῦτο ἡμῶν ἐν τοῖς εὐτυχεστάτοις
σου καιροῖς, εἰάν κελεύσης τὰ θεία σου γράμματα ἐν στήλῃ
ἀναγραφέντα δημοσίᾳ προτίθεσθαι⁷⁾, ἵνα τούτου τυχόντες τῇ
τύχῃ σου χάριν ὁμολογεῖν δυνησόμεθα, ὡς καὶ νῦν κα . . .
ώμενοί⁸⁾ σου ποιούμεν.

1) ὀνόματι Wolters, ἐπὶ μᾶτι Kap. — 2) τῆς Wilamowitz, γῆς Kap.
— 3) τόδε Wil., οἷδε Kap. — 4) ὅπως . . . κελεύσης Wil., πῶς . . .
κελεύση Kap. — 5) βαρῶμεθα Wil., βαρούμεθα Kap. — 6) μείναντες ἐν
Wil., μειν / / / σε / der Abklatsch, μέναι παισίν Kap. — 7) προτίθεσθαι
Wolters zweifelnd, ποικνεῖσθαι Kap. — 8) καθαιτώμενοι Kapélas.

Διογένης ὁ Τύριος ὁ πραγματικὸς¹⁾ ἀπὸ θείας φιλανθρωπίας ἐπὶ τὴν ἔντευξιν ταύτην ἐλήλυθεν. Δοκεῖ δέ μοι θεῶν τις προνοήσασθαι τῆς παρούσης ἀξιώσεως. Τὸ γὰρ τὸν θειότατον αὐτοκράτορα περὶ τούτων πέμψαι τὴν ἰδίαν γνώσιν ἐπὶ σε ὅτι δεήσῃ φθάσαντα²⁾ περὶ τούτου καὶ προγραμ || μασιν καὶ διατάγμασιν δεδωκέναι, τοῦτο ἐμοὶ δοκεῖ τῆς ἀγαθῆς τύχης ἔργον εἶναι.

.³⁾ ἡ ἀξιώσις. Ἡ κώμη ἡ τοῦ βοηθουμένου στρατιώτου ἐστίν⁴⁾ ἐν τῷ καλλίστῳ τῆς πολιτείας τῆς ἡμετέρας τῶν Πανταλιωτῶν πόλεως κειμένη, καλῶς μὲν τῶν ὄρων καὶ τῶν πεδίων ἔχουσα, πρὸς δὲ τούτοις καὶ θερμῶν ὑδάτων λουτρὰ οὐ μόνον πρὸς τρυφὴν, ἀλλὰ καὶ ὑγείαν καὶ θεραπείαν σωμάτων ἐπιτηδειότατα, πλησίον δὲ καὶ πανήγυρις πολλάκις μὲν ἐν τῷ ἔτει συναγομένη, περὶ δὲ καλ.⁵⁾ ὀκτωμβρίας καὶ εἰς πέντε καὶ δέκα ἡμερῶν ἀγομένη⁶⁾. Συμβέβηκεν τοίνυν τὰ δοκοῦντα τῆς κώμης ταύτης πλεονεκτήματα τῷ χρόνῳ περιεληλυθέναι⁷⁾ αὐτῆς εἰς ἐλλαμπτώματα· διὰ γὰρ τὰς προειρημένας ταύτας προφάσεις πολλοὶ πολλάκις στρατιῶται ἐνεπιδημοῦντες ταῖς τε ἐπιξενώσεσι καὶ ταῖς βαρήσεσιν ἐνοχλοῦσι τὴν κώμην· διὰ ταύτας τὰς αἰτίας πρότερον αὐτὴν καὶ πλουσιότεραν καὶ πολυνάνθρωπον || || ||⁸⁾ οὖσαν νῦν εἰς ἐσχάτην ἀπορίαν ἐληλυθέναι. Ἐπεὶ τούτων ἐδεήθησαν πολλάκις καὶ τῶν ἡγουμένων, ἀλλὰ καὶ μέχρις τινὸς ἰσχυσεν αὐτῶν τὰ προστάγματα, μετὰ δὲ ταῦτα κατωλιγωρήθη διὰ τὴν συνήθειαν τῆς τοιαύτης ἐνοχλήσεως· διὰ τοῦτο ἀναγκαίως κατέφυγον ἐπὶ τὸν θειότατον.

Imp. Caesar M. Antonius Gordianus pius felix Aug. vikanis per Pyrrum mil. conposses | sore[m]. Id genus qu[ae]rellae praecibus intentum an[te] iustitia pr[ae]dis | potius super his quae adlegabuntur instructa discinge [q]uam rescripto prin-

¹⁾ ὁ πραγματικὸς von mir vermuthet, **ΟΠ** / / / / / / / / der Abklatsch, ὁ χαραττων ἄνθρωπος Kapélas, was der Raum nicht fasst. —

²⁾ ὅτι δεήσῃ von mir vermuthet, **ΟΙΙΑΕ** / / der Abklatsch, ἤδη Kapélas. —

³⁾ τῆςδε Kapélas; es stand etwa ἐστὶν δὲ ἡδε. — ⁴⁾ ἐστὶν Wil., ἐνστη Kapolu. —

⁵⁾ καλ Wil., τὰς Kap. — ⁶⁾ ἀγομένη O. Hirschfeld, **ΑΓ** / / / / /

Abklatsch, fehlt Kap.; vielleicht ἀριθμόν. — ⁷⁾ τῷ χρόνῳ περιεληλυθέναι Wolters, / / **ΧΡΟΝΩ ΠΕΡΙ** / / / / **Υ** / / **ΝΑΙ** Abklatsch, τῷ χρόνῳ ἐλη-

λυθέναι Kapélas. — ⁸⁾ so der Abklatsch, πολυνάνθρωποτέραν Kap.; es

fehlt Ικανῶς oder dgl.

cipali | certam formam reportare debeas. Rescripsi. Recognovi. Signa.

2 *sorem* bis *pr.* . . *dis* fehlt bei Kap. — Vor *id* kein freier Raum, dagegen nach *an[te]* freier Raum von elf Buchstaben; der Steinmetz zog wohl die Worte *id genus* bis *ante* irrig zur Adresse. — 3 / OTI // der Abklatsch, IOTIVS Kap. — *quam*] / VAM Abklatsch, ROVAM Kap. — 4 SIG / A Abklatsch, SIGHA Kapélas. — Die kleinen Lücken, welche die Lesung des Abklatsches übrig liess, sind, insoweit sie durch Kapélas Abschrift ausgefüllt werden, nicht angegeben.

Die auf dieser Tafel verzeichneten Actenstücke führen nach der gräcisirenden, aber auch in Rom später gebräuchlichen Eingangsformel *bona fortuna* sich ein als beglaubigte Abschrift eines kaiserlichen Erlasses. Die Beglaubigung erfolgt in der dafür üblichen Form mit Datum vom 16. Dec. 238; es gehören dazu die Worte am Anfang *Fulvio Pio . . . in verba quae infra scripta sunt*, sowie das Schlusswort *signa*, das für diesen Act gefordert wird, aber zu dem Rescript nicht passt. Das Document, wovon Abschrift genommen wird, enthält zunächst die an den Kaiser gerichtete Eingabe der Skaptoparener, mit der lateinischen Vormerkung, dass dieselbe durch den diesem Dorf entstammenden Prätorianer Aurelius Purrus dem Kaiser eingereicht sei, und der griechischen Ueberschrift *αὐτοκρατορι . . . δέησις παρὰ . . . Σκαπτοπαρήνων*. Diese Bittschrift reicht aber nicht bis zu dem Ende des griechischen Mittelstückes, sondern nur bis S. 247 a. E. *ποιούμεν*. Die Antwort des Kaisers auf die Bittschrift, also der zweite Theil der Abschrift, steht am Schluss mit der Adresse *vikanis per Pyrrum* (wo die kurze Bezeichnung der Personen deutlich hinweist auf die Zusammengehörigkeit der beiden Schriftstücke) und den üblichen Subscriptionen. Alles dies ist in vollkommener Ordnung: in dieser Form sind Abschrift und Antwort in der ohne Zweifel durch Pyrrus veranstalteten Abschrift nach Thrakien gegangen und dort auf den Stein übertragen worden.

Aber sehr auffallend ist theils die Aufstellung des Decrets selbst, das lediglich die Skaptoparener anweist den Beweis ihrer Anschuldigungen vor dem thrakischen Statthalter zu erbringen, bevor der Kaiser sich in dieser Sache schlüssig machen könne, theils die Hinzufügung eines zweiten offenbar nicht an diesen Platz gehörigen und, wie Wilamowitz mit Recht be-

merkt hat, trotz des äusserlichen Anscheins der Vollständigkeit mitten im Satze abbrechenden Actenstückes. Diesem fehlt eine eigentliche Ueberschrift; es beginnt mit den Worten *Διογένης ὁ Τύριος ὁ πραγματικὸς (?) ἀπὸ θείας φιλανθρωπίας ἐπὶ τὴν ἔντευξιν ταύτην ἐλήλυθεν*; es ist deutlich der Vortrag, welchen in Folge jener kaiserlichen Anordnung der Vertreter der Beschwerdeführer dem thrakischen Statthalter hielt. Das Rescript wird darin erwähnt und der Adressat als erfolgreicher Bittsteller bezeichnet. Der Angeredete ist nicht der Kaiser, von dem in dritter Person gesprochen wird, sondern derjenige, an den der Kaiser die Sache gewiesen hat (*πέμψαι ἐπὶ σε*), also der Statthalter. Während in der Bittschrift an den Kaiser durchaus die *vicani* reden, spricht hier eine einzelne Person (*δοκεῖ δέ μοι*) und zwar, da der Redende die klagende Ortschaft bezeichnet als belegen in dem besten Theil 'unseres Stadtgebiets', ein oder der Agent der Stadt Pautalia, wahrscheinlich ein dem statthalterlichen Forum angehöriger Advocat, der die Angelegenheiten dieser Commune und damit auch die der rechtlich unselbständigen Dorfschaft bei der Provinzialbehörde vertrat. Selbstverständlich fasst dieser den kaiserlichen Bescheid als principielle Gewährung der erbetenen Abhülfe und ist erfreut darüber, dass die Sache von dem Kaiser an den Statthalter gewiesen worden sei, welcher bereits durch Edicte und Erlasse die erforderlichen Weisungen gegeben habe (*τὸν αὐτοκράτορα πέμψαι τὴν ἰδίαν γνώμην ἐπὶ σε ὅτι δεήσῃ φθάσαντα περὶ τούτου καὶ προγράμμασιν καὶ διατάγμασιν δεδωκέναι*). Das ist auch alles in bester Ordnung; nur steht es nicht am rechten Platze.

Da die Beschwerde der Dorfschaft also der kaiserlichen Anordnung gemäss an den Statthalter gelangte, so sind zwei Fälle möglich. Entweder dieselbe kam aus irgend einem Grunde nicht zum Austrag und die Dorfschaft erlangte nichts als jenen Interimsbescheid. Dann mag sie dazu gegriffen haben Gordians Interlocut in einer Weise aufzustellen, dass es äusserlich als Definitivsentenz erschien und als kaiserliches Einschreiten gegen die molestirenden Passanten. Vielleicht geschah dies in der nicht ungerechtfertigten Voraussetzung, dass diesen Passanten das Latein umsomehr imponirte, je weniger sie es verstanden. Aber da in diesem Fall es sich

nicht hinreichend erklärt, wesshalb die Dorfschaft den ersten Theil des von dem Statthalter gehaltenen Vortrages auf die Tafel setzen liess, wird die Annahme vorzuziehen sein, dass der Statthalter zu Gunsten der Beschwerdeführer entschied, vielleicht auch die vom Kaiser in Aussicht gestellte *certa forma* erlangt ward und die Dorfschaft die sämtlichen Actenstücke auf zwei Tafeln aufstellen liess, von denen uns die erstere erhalten ist. Dabei wurde auf der ersten Tafel dem kaiserlichen Interlocut, vielleicht auch auf der zweiten dem kaiserlichen Schlussdecret äusserlich eine Stellung gegeben, die mehr der hervorragenden Geltung dieser Documente entsprach als ihrer Reihenfolge in den Acten. Diese Annahme wird vorzuziehen sein; indess ist die Geltung der einzelnen erhaltenen Actenstücke vollständig klar und sicher und nicht abhängig von dieser untergeordneten Frage.

Die Ausfertigung der kaiserlichen Schreiben und Rescripte lässt sich jetzt in bestimmterer Weise feststellen, nachdem zu den beiden schon länger bekannten Urkunden, die uns darüber einigen Aufschluss geben, der smyrnaeischen mit einem Brief des Pius vom J. 139¹⁾ und der der africanischen Colonen mit einem des Commodus aus dem J. 180/3²⁾, die unsrige mit dem Schreiben Gordians an das zum Stadtbezirk Pautalia gehörige Dorf der Skaptoparener in Thrakien vom J. 238 als die dritte und jüngste getreten ist. Die gleichartigen älteren Urkunden, insbesondere die Schreiben Vespasians an die Vanaciner auf Corsica³⁾ und an die spanischen Saborensen⁴⁾ geben darüber keine Auskunft, sondern verzeichnen unter den kaiserlichen Schreiben nur municipale Notizen über die Legation zu deren Erlangung und die Publication nach Beschluss der Gemeindebehörden. Wahrscheinlich ist nach Vespasian und vor Pius, etwa unter Traian oder Hadrian die Ausfertigung der kaiserlichen Bescheide in der Weise umgestaltet worden, wie sie uns in jenen drei Erlassen wesentlich gleichartig entgegentritt.

Die Ausfertigung ist hiernach dreitheilig: sie setzt sich zusammen aus Unterschreibung, Abschriftnahme und Zustellung.

¹⁾ C. I. L. III, 411. — ²⁾ C. I. L. VIII, 10570. Bruns fontes ⁵ S. 228. — ³⁾ C. I. L. X, 8038. Bruns fontes ⁵ S. 225. — ⁴⁾ C. I. L. II, 1423. Bruns fontes ⁵ S. 225.

Concepte, sei es nun von dem Kaiser oder für ihn entworfen, werden oft genug vorgekommen sein, aber keine Spur führt darauf, dass sie formell nothwendig waren, etwa nach heutigem Gebrauch zu den Acten genommen wurden. In der Regel ist wohl, wenn der Kaiser die Antwort nicht selber schrieb, dieselbe entweder nach erhaltener mündlicher Anweisung oder auch ohne solche von dem dazu Beauftragten abgefasst und dem Kaiser in der Reinschrift zur Unterschreibung vorgelegt worden. Denn die Eigenhändigkeit, welche zum Wesen des Briefes gehört, ist auch bei dem kaiserlichen Briefe formales Requisit gewesen und geblieben, so dass, wo sie nicht officiell feststand, demselben die Rechtskraft abging. Sie wird in dem ausgebildeten Kanzleiverfahren dieser Epoche dadurch bewirkt, dass der Kaiser unter die von Schreiberhand hergestellten Erlasse das Wort *rescripsi* (so in den Schreiben des Pius und des Gordianus) oder *scripsi* (so in dem Schreiben des Commodus) selber setzt¹⁾; wie denn der Wechsel der Handschrift in der Urkunde des Commodus ausdrücklich vermerkt wird durch die dem *scripsi* vorgesetzten Worte: *et alia manu*. Natürlich schliesst dies nicht aus, dass der Kaiser da, wo es angemessen schien, andere Worte setzte, insbesondere bei Erlassen an höhere Beamte die Grussformel hinzuschrieb, die sich noch spät in dieser Weise verwendet findet.

¹⁾ *Subscribere* wird in minder sorgfältiger Rede von der Hinzufügung der eigenhändigen Schlussworte gebraucht, zum Beispiel vita Alex. 31, 1: *postmeridianas horas subscriptioni et lectioni epistularum semper dedit* und vita Carini 16, 8: *fastidium subscribendi tantum habuit, ut impurum quendam, cum quo semper meridie iocabatur, ad subscribendum poneret, quem obiurgabat plerumque, quod bene suam imitaretur manum*. Aber im genauen Sprachgebrauch wird die *epistula*, auf die das *rescribere* sich bezieht, von der *scriptio* unterschieden und macht die letztere nicht als die eigenhändige Schlussformel den Gegensatz zu dem Dictat, sondern als der auf die Eingabe oder ein sonstiges Actenstück gesetzte Bescheid den Gegensatz zu dieser Eingabe selbst. Recht deutlich tritt sowohl der technische wie der allgemeinere abusive Gebrauch des Wortes hervor bei dem Biographen des Commodus 13, 7: *ipse Commodus in subscribendo tardus et neglegens, ita ut libellis una forma multis subscriberet, in epistulis autem plurimis 'vale' tantum scriberet*. Bruns Abhandlung über die Subscriptionen (kl. Schr. 2, bes. S. 69 fg.) hat den Sprachgebrauch nicht genügend entwickelt.

Auf die Unterschreibung folgt die Abschriftnahme, in allen drei angeführten Erlassen ausgedrückt durch die Formel *recognovi*. Was darunter zu verstehen ist, zeigt am deutlichsten die smyrnaeische Urkunde. Das darin enthaltene Rescript des Pius gewährt den Smyrnaeern die nachgesuchte Erlaubniss von einem anderen früher von Hadrian erlassenen Abschrift zu nehmen; es folgt darin auf das *recognovi* (denn so und nicht *recognovit* wird das abgekürzte *recogn.* wohl auch hier nach dem Muster der beiden anderen Rescripte aufgelöst werden müssen) noch *undericensimus* unds auf dieses *actum Romae* mit dem Datum des 8. April 139, woran sich eine zweite vom 5. Mai desselben Jahres datirte Acte über die Aufnahme der durch jenes Rescript gestatteten Abschrift anschliesst. Hiernach ist, wie ich dies schon bei der Herausgabe dieser Inschrift ausgeführt habe, die Recognition in dem kaiserlichen Bureau erfolgt, welches eine Anzahl mit Nummern versehener und danach zeichnender Stellen zählte, und hat dieselbe der Zeit nach sich regelmässig unmittelbar an die Unterschrift angeschlossen, da die Unterzeichnung wie die Recognition in einem Tagdatum zusammengefasst werden. — Technisch bezeichnet *recognoscere* die Constatirung der Uebereinstimmung eines Schriftstückes mit seiner Grundlage, also bei dem Dictat die Anerkennung der Niederschrift durch den Dictanten¹⁾, bei Abschriften die Uebereinstimmung der Copie mit dem Original. Letzteres ist bekanntlich die gewöhnliche und technische Verwendung des Wortes²⁾. Auch hier muss an diese schon um deswillen gedacht werden, weil bekanntlich die kaiserlichen Erlasse sämmtlich im kaiserlichen Archiv in beglaubigter Form niedergelegt wurden. Es ge-

¹⁾ Dig. 48, 10, 1, 8. l. 15, 3. — ²⁾ Schon der Sprachgebrauch verbietet es *recognovi* auf den Kaiser selbst zu beziehen. Natürlich soll er vor der Unterzeichnung von dem Inhalt der Erlasse Kenntniss nehmen und gewissenhafte Herrscher thaten dies auch; von Alexander heisst es nach den S. 252 A 1 angeführten Worten: *ita ut ab epistulis, a libellis et a memoria semper adsisterent . . . relegentibus cuncta librariis et iis qui scrinium gerebant, ita ut Alexander sua manu adderet si quid esset addendum, sed ex eius sententia qui disertior habebatur*. Aber *recognoscere* heisst vergleichen; für billigen würde man *relegi* oder ein ähnliches Wort erwarten. Auch wird, dass der Schreiber des Briefes ihn billigt, ausreichend durch die wenn auch nur partielle Eigenhändig-

nügt dafür hinzuweisen auf das Schreiben des Plinius an Traian¹⁾, worin jener berichtet, dass verschiedene näher bezeichnete Rescripte von Vespasian, Titus und Domitian bei seinem Tribunal vorgelegt worden seien, er dieselben aber dem Kaiser nicht schicke, *quia et parum emendata et quaedam non certae fidei videbantur et quia vera et emendata in scriniis tuis esse credebam*. Es kann danach nicht zweifelhaft sein, dass die Rescripte, nachdem sie vom Kaiser unterzeichnet waren, dem mit der Führung der kaiserlichen *commentarii* beauftragten Bureau zur Abschriftnahme zugehen. Dass dies geschehen sei, wurde dann officiell vermerkt, und dieser Vermerk gehörte sicher ebenso wie die kaiserliche Unterschrift zu den für die Gültigkeit der Urkunde nothwendigen Formalien²⁾. Offenbar sollte diese Manipulation dem Vorbringen gefälschter Kaiserschreiben steuern. Wenn dem Bureau Zweifel an der Echtheit der Unterschrift entstanden, so war dies in der Lage sich darüber authentische Auskunft zu verschaffen; andererseits werden an der Fehlerhaftigkeit oder dem Mangel des Abschriftvermerkes plumpe Fälschungen oft genug zu Tage gekommen sein. Vor allen Dingen aber lag von jedem Erlass ein beglaubigtes Exemplar im kaiserlichen Archiv und konnte bei entstehendem Zweifel an der Echtheit der Urkunde oder der Richtigkeit des Textes auf dieses recurrirt werden, wie dieses in dem angeführten Fall der Statthalter von Bithynien that.

Es gab also von jedem kaiserlichen Rescript zwei Exemplare, das vom Kaiser unterfertigte Original und eine mit diesem officiell collationirte Abschrift; eines von diesen im kaiserlichen Archiv, das andere in den Händen des Adressaten. Aber es fragt sich, ob das Original zu den Acten genommen

keit bezeugt und könnte, wenn das Subject nicht wechselte, die Copula nicht fehlen, ganz abgesehen vom *undevicensimus*.

¹⁾ ep. 65. — ²⁾ In anderer Wendung erscheint derselbe Vorgang bei Plinius ep. 94. 95. Auf die (ohne Zweifel direct an den Kaiser gerichtete und nur durch Plinius, ähnlich wie die des Aquila ep. 106. 107, befürwortend eingesandte) Bittschrift des Suetonius Tranquillus um Ertheilung des Kinderrechts erwidert der Kaiser: *subscripsi et dedisse me ius trium liberorum Suetonio Tranquillo ea condicione qua adsuevi referri in commentarios meos iussi*. Auch hier also Ausfertigung und Registrirung.

und dem Adressaten beglaubigte Abschrift zugestellt ward oder umgekehrt das Bureau von dem ihm unverschlossen zugehenden Schreiben Abschrift nahm und dem Adressaten dann das Original aushändigte. Denkbar ist beides; man kann den lakonischen Vermerk entweder dahin ergänzen: '(die obenstehende Abschrift) habe ich verglichen (mit dem Original)' oder: '(den vorstehenden Erlass) habe ich verglichen (mit der Abschrift)'. Auch des Plinius Bezeichnung der im kaiserlichen Archiv aufbewahrten Exemplare als *vera et emendata* kann ebensowohl von den vom Kaiser unterzeichneten Originalen wie von amtlich beglaubigten Abschriften verstanden werden. Aber die letztere Annahme ist wie an sich natürlicher so auch anderweitig geboten. Die ständige Formel für die Abschrift ist *descriptum et recognitum*, 'abgeschrieben und verglichen'; wenn hier bloss *recognovi* steht, so legt dies die Auffassung nahe, dass die Urkunde, unter der nur dies vermerkt ist, eben nicht die Abschrift ist, also nicht so sehr die Uebereinstimmung der Abschrift mit dem Original dadurch beglaubigt wird, als die Thatsache der Abschriftnahme selbst, wie dies ja nothwendig geschehen musste, wenn die Eintragung in das Copialbuch für die Geltung der Urkunde erforderlich war. Wenn diese Erwägung die bezeichnete Auffassung auch nur als zulässig erscheinen lässt, so tritt entscheidend für sie ein der Erlass Diocletians vom J. 292¹⁾, welcher die Aushändigung

¹⁾ Cod. Iust. I, 23, 3: *sancimus, ut authentica ipsa atque originalia rescripta (ex) nostra manu subscripta, non exempla eorum insinuentur*. Er ist an den Statthalter von Phoenike Crispinus gerichtet, bezieht sich also wahrscheinlich auf Erlasse, die entweder an die Partei gerichtet waren, ihr aber durch den Statthalter zugingen oder sogar an den Statthalter selber adressirt waren, materiell aber mehr die Partei als ihn betrafen (vgl. Staatsrecht 3, 1215 A. 1; Plinius ep. 106. 107). An denselben Crispinus sind noch zwei andere der uns aus diesem Jahre erhaltenen Rescripte gerichtet und es ist danach nicht unwahrscheinlich, dass der Redacteur derjenigen Sammlung, aus der sie in die justinianische übergegangen sind, diese Erlasse aus dessen Amtsprotokoll entnommen hat. Dass von den Sammlern dergleichen Nebenquellen benutzt worden sind, ist an sich glaublich genug. — Dass das Rescript eine Neuerung einführt und bis dahin den Parteien die kaiserlichen Erlasse nur in Abschrift zugestellt worden seien, welche Vermuthung mir geäußert worden ist, halte ich für wenig wahrscheinlich; eine derartige Neuerung hätte nicht wohl im Wege des Erlasses an einen ein-

der Originale der Kaisererlasse an die Parteien vorschreibt und die blosser Abschriften verbietet.

Ein Bedenken, das gegen die Aushändigung der Original-exemplare geltend gemacht werden kann, wird durch die thrakische Urkunde gehoben. Die kaiserliche Correspondenz ist bekanntlich häufig durch Marginalantwort geführt worden, so dass die kaiserliche Antwort auf das Original der Eingabe selbst geschrieben wurde. Ist auch in diesem Fall die Antwort des Kaisers im Original ausgehändigt worden? Es konnte dies nur geschehen, indem den Adressaten ihre Eingabe zurückgestellt ward, und dagegen wird man einwenden, dass diese sie nicht brauchten und das kaiserliche Archiv dann genöthigt ward von den Eingaben Abschrift zu nehmen. Dass dennoch also verfahren worden ist, zeigt das neue Document; die kaiserliche Antwort tritt hier zwar nicht geradezu als Randantwort auf, aber die verkürzte und offenbar die Eingabe voraussetzende Adresse und der der Eingabe vorgesetzte deutlich von der kaiserlichen Kanzlei herrührende Eingangsvermerk zeigen, dass die Antwort mit der Eingabe officiell verbunden ist und den Adressaten nicht für sich allein, sondern nur in Verbindung mit dieser zur Kenntniss gebracht werden sollte. Bei näherem Ueberlegen stellt sich dies auch als sachlich nothwendig heraus. Wie wir die kaiserlichen Bescheide kennen, sind sie oft nur verständlich, meistens rechtlich nur brauchbar in Verbindung mit der Eingabe; wären sie ohne formale Verknüpfung mit dieser durch die Adressaten den Behörden vorgelegt worden, so wäre eine unerhörte Verwirrung und endloser Missbrauch die unvermeidliche Folge gewesen. Es ist also nur in der Ordnung, dass wenigstens diejenigen kaiserlichen Erlasse, deren rechtliche Anwendbarkeit durch die Eingabe bedingt war, nicht ohne diese selbst ausgefolgt wurden: und in diesem Fall konnte ebensowohl den Adressaten ihre Eingabe im Original zurückgegeben und Abschrift davon für die Acten genommen wie umgekehrt verfahren werden.

Wenn die thrakische Urkunde uns über die Unterschrift und die Abschriftnahme nichts neues lehrt, so gilt dies nicht von dem dritten Stadium der Ausfertigung, der Mittheilung

zeln Statthalter auftreten können, und sehr zahlreiche spätere Erlasse unterscheiden in der Form sich von den früheren nicht.

des Rescripts an den Adressaten. Dass diese zu allen Zeiten, sei es durch unmittelbare Uebergabe des Erlasses an den am Ort anwesenden Adressaten oder dessen Mandatar, sei es durch Zusendung an den abwesenden Empfänger hat bewirkt werden können und bewirkt worden ist, braucht nicht weiter ausgeführt zu werden; hier aber ersehen wir, dass in Gordians Zeit die öffentliche Bekanntmachung der kaiserlichen Schreiben, die Proposition an die Stelle der Insinuation treten kann. Weder die petitionirende Dorfschaft noch ihr in Rom anwesender Genosse und Mandatar erhält eine Ausfertigung des kaiserlichen Bescheides; dieser geht vielmehr an den mit dem Aushang beauftragten Beamten, der Regel nach sicher an den Stadtpräfecten¹⁾, und dieser reiht ihn ein in den *liber libellorum rescriptorum a domino nostro propositorum Romae*. Der eigentliche Aushang kann bei diesen massenhaften und grösstentheils für das weitere Publicum belanglosen Documenten kaum mehr gewesen sein als eine Formalität; notificirt wurden diese Erlasse ohne Zweifel dadurch, dass die betreffenden Blätter dem Publicum zugänglich gemacht wurden und die Petenten sowohl wie jeder Dritte daraus Abschrift nehmen durften, ohne dass es, wie bei den nicht zur Proposition gelangten kaiserlichen Schreiben, erforderlich war in der durch die smyrnaeische Urkunde dargelegten Weise die Erlaubniss zur Abschriftnahme zu erwirken. Das Exemplar, das der petitionirenden thrakischen Gemeinde zugeht, ist beglaubigte Privatabschrift, hergestellt nach dem uns namentlich durch die Militärdiplome wohlbekannten Verfahren; es führt sich ein mit *descriptum et recognitum* und die Namen und Siegel der Urkundszeugen sind auf der in Thrakien genommenen Steincopie wenigstens durch das Wort *signa* vertreten. Vermuthlich ist in diesem Fall, wo die Proposition an die Stelle der Insinuation trat, die Abschrift für die kaiserlichen Commentarien in gewöhnlicher Weise genommen und das mit dem *recognovi* versehene Original der proponirenden Behörde zugesandt worden, die dann in diese

¹⁾ Dies geht daraus hervor, dass die Urkunde in einer Halle der Traiansthermen aufgestellt worden ist; denn dass das Amtslocal des Stadtpräfecten am Tellustempel, unmittelbar bei diesen Thermen sich befand, beweist die an deren Stelle gefundene, im Staatsrecht 2¹, 1062 A. 4 erörterte Inschrift.

Wachstafeln oder Papyrusblätter in geeigneter Weise dem Publicum Einsicht gewährte.

Dass die öffentliche Aufstellung der kaiserlichen Erlasse, welche hier zum ersten Mal in urkundlicher Beglaubigung auftritt, uns überhaupt als etwas neues erscheint, ist nicht die Schuld der Ueberlieferung, sondern unsere eigene. In den uns erhaltenen Sammlungen kaiserlicher Erlasse ist die Unterschriftenformel *proposita* mit folgendem Datum, auch wohl mit Ortsangabe, man darf vielleicht sagen ständig. Schon die beiden ältesten darin enthaltenen datirten Erlasse, allerdings erst von Pius aus den J. 150 und 155¹⁾, sind damit versehen und unzählige Male kehrt sie späterhin wieder. Wie zerrüttet auch die Subscriptionen im einzelnen sind, wenn die Historiker wie die Juristen, darunter auch ich, fast einstimmig diese Formel als irrig oder müssig bei Seite geschoben haben²⁾, so ist dies eine Unmöglichkeit, von der sich nach dem Bekanntwerden der thrakischen Urkunde jeder nicht ohne einige Beschämung überzeugen wird. Wir alle werden also in mancher Hinsicht umzulernen haben; hier soll versucht werden die Tragweite dieser Proposition rechtlich wie historisch wenigstens in ihren Umrissen zu bestimmen.

Für die Rechtswissenschaft verschwindet hinsichtlich der juristischen Stellung der kaiserlichen Rescripte durch die Hinzunahme der Proposition eine wesentliche Schwierigkeit. Wenn dem Erlass des Princeps für den einzelnen Fall, den er betrifft, nach den bestehenden Ordnungen des Principats die rechtliche Verbindlichkeit nicht bestritten werden kann, so erklärt dies doch keineswegs, wie die Rechtslehrer dazu gekommen sind den kaiserlichen Constitutionen schlechthin *legis vicem* beizulegen. Allgemeine Verbindlichkeit kommt dem Rescript auch dann nicht zu, wenn dasselbe auftritt als Handhabung des bestehenden Rechts; die weitere Rechtsprechung wird dadurch formell so wenig gebunden wie durch die Rechtsauffassung des Vorrichters. Der Kaiser hat den einzelnen Fall entscheiden wollen und entschieden; diese Entscheidung

¹⁾ Cod. Iust. 2, 12, 1. 2, 1, 1. — ²⁾ Statt aller nenne ich Krügers Geschichte der Quellen des röm. Rechts S. 96. Eine Ausnahme macht Karlowa, Rechtsgesch. 1, 651; rechten Gebrauch aber hat auch er von seinem berechtigten Widerspruch nicht gemacht.

hat Rechtskraft, nicht aber deren Motivirung. Diesen Mangel der Allgemeingültigkeit der kaiserlichen Rescripte, welchen die spätere Gesetzgebung ausdrücklich betont¹⁾, hat im Princip sicher auch die ältere festgehalten. — Aber wenn das Rescript durch sofortige und officielle Promulgation zur allgemeinen Kunde gebracht wurde, so trifft diese Auffassung nicht mehr zu, wird vielmehr dadurch der Sache nach das Rescript zum Edict und wenn dasselbe seinem Inhalte nach auch auf andere Fälle angewendet werden kann, so beweist die hinzutretende Promulgation die Absicht des Herrschers seinem Erlass diese allgemeine Anwendbarkeit zu geben. Die Schranken, denen das Eingreifen des Kaisers in die Gesetzgebung überhaupt unterliegt, werden dadurch nicht hinweggeräumt; aber sie sind dieselben bei dem promulgirten Rescript wie bei dem Edict. Der hieraus allerdings sich ergebenden Consequenz, dass die in unseren Rechtsquellen aufgenommenen oder angeführten Rescripte zu den promulgirten gehören, steht anscheinend kein Hinderniss im Wege. Dass die nicht durch Citate, sondern direct überlieferten Rescripte der grossen Masse nach als öffentlich aufgestellt bezeugt sind, ist schon hervorgehoben worden; wo andere Formeln dafür eintreten, schliessen diese die Proposition wenigstens in den meisten Fällen nicht aus²⁾. Auch die Frage, auf welchem Wege die an die verschiedensten Personen gerichteten Rescripte den Juristen bekannt geworden sind, bisher ohne Antwort, lässt sich unter dieser Vor-

¹⁾ Arcadius C. Th. 1, 2, 11: *rescripta ad consultationem emissa vel emittenda in futurum iis tantum negotiis opitulentur, quibus effusa docebuntur.* — ²⁾ Insbesondere gilt dies von der nächst häufigen *data*. Dass diese mit *proposita* wechselt (Krüger a. a. O.), ist zwar sicher auf Willkür der Sammler zurückzuführen, aber an sich nicht verkehrt; der Tag der Ausfertigung und der des Aushangs fielen wohl oft, vielleicht der Regel nach zusammen. Auch *proposita sine die et consule* ist nicht widersinnig, sondern besagt nur, dass wohl der Aushang, aber nicht dessen Datum sich constatiren liess. Der Formel *accepta* steht allerdings das Bedenken entgegen, dass die Promulgation vom Kaiser verfügt wird und daher der Empfangsort dabei nicht in Betracht kommt, ja bei dem Wegfall der Insinuation geradezu wegfällt; sie ist aber selten (z. B. Cod. Iust. 5, 3, 5 = 9, 9, 18: *accepta id. Mai. Antiochiae Tusco et Basso cos.*, d. i. 15. Mai 258; Krüger a. a. O.) und es können diese Erlasse missbräuchlich in die Constitutionensammlungen gerathen sein.

aussetzung mit hoher Wahrscheinlichkeit erledigen durch den Hinweis auf den *liber libellorum rescriptorum et propositorum*, welchen unsere Urkunde nennt; aus diesen Bänden werden sowohl die juristischen Schriftsteller wie späterhin die Rescriptensammler geschöpft haben und wir brauchen nicht mehr uns mit dem wenig glaublichen Behelf zufrieden zu geben, dass jeder Jurist diejenigen kaiserlichen Erlasse allegirte und recipirte, die ihm zufällig zu Händen kamen. Dass, wie es notorisch ist, in den Constitutionensammlungen manche Jahrgänge ganz oder so gut wie ganz fehlen, während andere sehr zahlreich vertreten sind, legt die weitere Vermuthung nahe, dass die zur Proposition bestimmten kaiserlichen Erlasse, ähnlich wie in der Correspondenz Gregors des Grossen, zu Jahrgangsbänden vereinigt waren und in dieser Gestalt von den Rechtsgelehrten ausgezogen worden sind. — Dass die Juristen, wo sie ziemlich obenhin von der Rechtskraft der Rescripte sprechen, des Requisites der Promulgation nicht ausdrücklich gedenken, wird sich auch wohl daraus erklären, dass jene *libri libellorum ab imperatoribus propositorum* ihnen hiebei im Sinn lagen. Mag immerhin im Verlauf der Zeit manche kaiserliche Willensmeinung, die nicht zur Promulgation gelangt war, mehr oder minder abusiv unter die Rechtsquellen gerathen sein: das formale Fundament der Rescriptengesetzgebung ist sicher die Proposition.

Die historische Betrachtung der Institution wird auf diese Ausführung fussen dürfen: sie wird das Umsichgreifen der Proposition an dem Umfang messen dürfen, den die Rescripte in unseren Rechtsquellen einnehmen, und zu versuchen haben diese indirecten Spuren mit den directen zu einer Gesamtauffassung zu vereinigen.

Unleugbar steht die Proposition mit dem Wesen des Rescripts in Widerspruch. Das Schreiben des Kaisers, mag es an einen Privaten oder an einen Beamten, an eine Corporation oder an eine Gemeinde gerichtet sein, gelangt naturgemäss nur zur Kenntniss des Adressaten; dass der Briefsteller den Brief zur allgemeinen Kunde bringt, ist dem Wesen des Briefes zuwider und bei den kaiserlichen Erlassen umsoweniger angezeigt, als dem Herrscher für jede Mittheilung, die er einem weiteren Kreis machen will, die Form

des Edicts zur Verfügung steht. Wie die Publication zum Wesen des kaiserlichen Edicts gehört, so ist sie bei dem kaiserlichen Rescript eine Anomalie. Wohl können, namentlich bei Schreiben des Regenten, besondere Umstände die Veröffentlichung einzelner derselben durch die Regierung oder die Empfänger herbeiführen; aber die nicht durch den Inhalt des einzelnen Actenstückes motivirte, sondern generelle und ständige Institution, wie wir sie jetzt kennen gelernt haben, ist eine Missbildung, bei der man berechtigt ist nach ihrem Ursprung und ihrer Entwicklung zu fragen.

Dass in der That während des ersten Jahrhunderts die Kaiserbriefe nur ausnahmsweise öffentlich bekannt gemacht worden sind, geht theils aus dem Bestande des Rechtsmaterials hervor, theils aus einem unmittelbaren, allerdings in unklarer Form überlieferten Zeugniß.

Dass unsere Rechtsquellen von keinem Regenten vor Traian Rescripte beibringen ¹⁾, kann nicht zufällig sein, da es an Anführungen von Senatsschlüssen und Kaiseredicten aus dieser Epoche in denselben Quellen keineswegs fehlt, auch anderweitig Rescripte dieser Kaiser mehrfach erwähnt werden. Wir werden jetzt sagen dürfen, dass nicht das Rescript überhaupt, sondern nur das promulgirte Rescript zu dem Rechtsmaterial gehört und die Kaiserschreiben in dieser Epoche der Regel nach nicht zur Veröffentlichung gelangten. Darf man nach dem Bestande unserer Ueberlieferung auf die Einführung der Promulgation schliessen, so zeigen sich bescheidene Anfänge derselben unter Traianus ²⁾. In umfassenderem Maasse treten die Rescripte Hadrians auf; das älteste in unseren Consti-

¹⁾ Die einzige wesentliche Instanz, die Anführung eines Rescriptes von Domitian bei Paulus Dig. 48, 16, 16 wird dadurch aufgehoben, dass derselbe Erlass von dem älteren Papinian Dig. 48, 3, 2, 1 als Edict bezeichnet wird. Wenn Callistratus (Dig. 40, 15, 4) von einem Rescript des Claudius selbst mit Nennung des Adressaten, Charisius (Dig. 50, 4, 18, 30) von Rescripten Vespasians und Hadrians reden, so kann missbräuchliche Anwendung eines technischen Ausdrucks am wenigsten bei diesen Autoren befremden. — ²⁾ Von ihm werden einzelne den späteren gleichartige Rescripte angeführt, zum Beispiel von Ulpian Dig. 48, 18, 1, 11: *servum mariti in caput uxoris posse torqueri divus Traianus Servio Quinto rescripsit* und von Modestin Dig. 48, 17, 5, 2: *divus Traianus inter moventia fructus quoque haberi rescripsit*.

tutionensammlungen erhaltene rührt von ihm her und ebenso sind unter den von Gaius angeführten die ältesten hadrianisch. Die ständige Promulgation der dazu geeigneten Kaiserbriefe wird also auf Traian oder, wie so viele andere Neuerungen, auf Hadrian zurückgeführt werden dürfen.

Auf diese Neuerung scheint eine oft behandelte, aber in Folge des missverstandenen Wesens des Rescripts bisher nicht richtig aufgefasste Meldung in den Kaiserbiographien sich zu beziehen. *Fuit* heisst es in der Biographie des Macrinus ¹⁾, *in iure non incallidus, adeo ut statuisset omnia rescripta veterum principum tollere, ut iure, non rescriptis ageretur, nefas esse dicens leges videri Commodi et Caracalli (et zu streichen) hominum imperitorum voluntates, cum Traianus numquam libellis responderit, ne ad alias causas facta proferrentur* ²⁾, *quae ad gratiam composita viderentur*. Dass Traianus auf die Eingaben nicht geantwortet haben soll, ist nicht bloss in sich unvernünftig und als Lobspruch geradezu widersinnig, sondern der Schreiber verbietet selber die wörtliche Auslegung dieser Worte, indem er als Motiv des Kaisers hinstellt, dass die einer Person gewährte Vergünstigung nicht auf andere übertragen werden dürfe, also die günstige Bescheidung der Eingabe voraussetzt. Darum habe ich und haben andere in diese Worte den Sinn gelegt, dass Traian es unterlassen habe Rechtsbelehrungen zu ertheilen ³⁾. Aber dies kann der Schreiber nicht im Sinn gehabt haben; denn *libellis respondere* heisst nicht juristische Responsa ertheilen, sondern die Bittschreiben beantworten, und vor allem passt diese Auffassung nicht zu der Motivirung: die Anwendung der Rechtsbelehrung auf andere Fälle als für den sie ertheilt ward, hat mit der Ausdehnung einer Vergünstigung auf andere Personen nichts gemein. Jetzt bietet

¹⁾ c. 13, 1. Dass dieses Stück zu den guten Bestandtheilen der Sammlung gehört, zeigt schon die Anlehnung des Anfangs an Herodian 4, 12, 1. — ²⁾ *Factum* im Sinne von Bescheid, Erlass kehrt wider vita Gord. 5, 7 und in anderen von Gothofred zu C. Th. 1, 2, 9, 11, 29, 6 angeführten Stellen. Das überlieferte *praeferrentur* ist wohl verdorben; *praeferre* kann nur heissen voranstellen und die Erklärung, dass ein späterer Petent Abschrift des früheren Erlasses seiner Eingabe voranstelle (etwa wie das Wort gefasst werden muss in *praelato legis tenore* C. Th. 16, 2, 31 fin.), ist gekünstelt und passt auch nicht zu der Präposition *ad*. — ³⁾ Staatsrecht 2¹, 912. Hirschfeld V. G. 1, 208.

sich eine andere Erklärung des Berichts. Es handelt sich darin um die Anwendung der Rescripte an Gesetzes Statt; wenn diese, wie wir jetzt annehmen dürfen, durch die Proposition bedingt war und der Schreiber, gemäss den Verhältnissen seiner Zeit, nicht die Rescripte schlechthin, sondern die publicirten Rescripte im Sinn hat, so kann man seine unter allen Umständen im Wortsinn unhaltbare Angabe *Traianum numquam libellis respondisse* dahin paraphrasiren, dass Traian auf die an ihn gerichteten Anfragen nicht im Wege der Proposition die Antwort ertheilt hat und die ungeschickte Fassung bei einem Schriftsteller dieser Art hinnehmen¹⁾. Damit ist die Begründung in Harmonie: bei der Publication derartiger personaler Erlasse lag allerdings die Gefahr nahe, dass die allgemeine Rechtsbelehrung und die personale Vergünstigung in einander flossen. Ja wenn, wie es scheint, bereits Traian in einzelnen Fällen dergleichen Erlasse öffentlich publicirt hat, so ist vielleicht, was bei dem Biographen als Begründung auftritt, vielmehr als Einschränkung zu fassen und hat Traianus die Proposition bei rechtsbelehrenden Rescripten zugelassen, dagegen bei den nicht zu analoger Anwendung geeigneten Erlassen, insbesondere den personalen Vergünstigungen dieselbe ausgeschlossen.

Die weitere Entwicklung der Rescriptenpromulgation können wir, wie es scheint, einigermaßen an dem Bestand unserer Constitutionensammlungen verfolgen. Unter den Kaisern des zweiten Jahrhunderts hat sie sich allem Anschein nach in mässigen Grenzen gehalten und erst mit Severus grössere Verhältnisse angenommen, da in unserer Sammlung zweiundzwanzig Erlassen der sämtlichen Herrscher von Hadrian bis Pertinax weit über hundert des Severus gegenüberstehen. Analogem Umfang behält die Proposition durch das ganze dritte Jahrhundert²⁾ und tritt namentlich unter Diocletian in gewaltiger Massenhaftigkeit auf. Wenn unmittelbar darauf mit Constantin das kaiserliche Rescript aus den Rechtsquellen

¹⁾ Correctur wäre nicht schwierig, zum Beispiel durch Einschaltung von *sic* vor *responderit*, scheint mir aber nicht erforderlich. — ²⁾ Dass von Macrinus keine Rescripte angeführt werden, kann darauf zurückgehen, dass er die Proposition missbilligte, aber ebensowohl Zufall sein.

plötzlich verschwindet, während die Fortdauer des Rescribirens auch für diese Epoche ausser Zweifel ist, so wird dies jetzt darauf zurückgeführt werden dürfen, dass damals die öffentliche Aufstellung der kaiserlichen Rescripte abgeschafft worden ist und man zurückgekehrt ist zu der alten natürlichen Auffassung, dass der Brief, auch der des Kaisers, an den Adressaten geht und nicht an das Publicum.

Es bleibt noch übrig die Frage, welchen Zwecken die Proposition der Kaiserbriefe gedient hat, soweit möglich zu beantworten. Dass der Herrscher einzelne von ihm im Wege des brieflichen Bescheides erlassene Verfügungen zur allgemeinen Kenntniss bringt, sich zur Ehre, andern zur Warnung oder zur Nachfolge, ist selbstverständlich von Anfang an unter dem Principat vorgekommen und bedarf der Erörterung nicht. Auch die ständige Publication hat dazu dienen können dem Publicum von der Fürsorge des Herrschers für den Staat ein lebendiges und stets sich erneuerndes Bild zu geben und ist sicher auch in diesem Sinn gehandhabt worden; aber für die Institution als solche reichen wir mit dieser flachen Auffassung nicht aus.

Nahe liegt die Annahme, dass diejenigen Rescripte, welche zur öffentlichen Aufstellung gelangten, mit Rücksicht auf die Rechtshandhabung ausgewählt worden sind. Dadurch, dass die auf uns gekommenen Auszüge aus den *libri libellorum propositorum* meistens rechtsbelebenden Inhalts sind, wird dies freilich nicht erwiesen; denn diese Auszüge sind eben zum Zweck der Rechtsprechung gemacht, und also können die vollständigen Bände andere für diesen Zweck nicht in Betracht kommende Schreiben füglich daneben in grosser, ja in überwiegender Anzahl enthalten haben. Aber unstreitig ist die Proposition des Rescripts für das Eingreifen der späteren Kaiser in die Rechtsbildung eine wichtige Handhabe gewesen. Für directe Rechtsetzung steht dem Kaiser die Form des Edicts zu Gebote; die an ihn gerichtete Anfrage in dem einzelnen Rechtsfall kommt der Sache nach auf die Erbitung eines Responsum hinaus und es gehört die Antwort wie des Juristen so des Kaisers zu der *iuris interpretatio*. Wenn nun die letztere zur Proposition gelangte, war sie allgemein gültige, nach dem herkömmlichen Ausdruck authentische Interpretation; und wahrscheinlich hat

während des zweiten Jahrhunderts das öffentlich aufgestellte Rescript den Kaisern als das rechte Organ für diese authentische Interpretation der Rechtsnormen gedient. Ein Erlass aus der Zeit des Marcus und Verus ¹⁾ berichtet hinsichtlich einer erbrechtlichen Controverse, dass sie in einem frühern Fall diese nach der Ansicht des Proculus — *sane non levis iuris auctor* — entschieden haben und auch Volusius Maecianus *amicus noster ut et iuris civilis praeter veterem et bene fundatam peritiam anxie diligens* habe diese persönlich dem Kaiser gegenüber gebilligt: *religione rescripti nostri ductus coram nobis adfirmavit non arbitratum se aliter respondere debere*. Aber dann hätten sie die Sache noch einmal eingehender (*plenius*) in Gegenwart Maecians und anderer Freunde erwogen und sich schliesslich für eine andere Auffassung entschieden, *plurimum etiam iuris auctorum, sed et Salvi Iuliani amici nostri clarissimi viri hanc sententiam fuisse*. Hier stehen also die kaiserlichen Rescripte materiell ganz auf einer Linie mit den Responsen und unterscheiden sich von diesen nur durch die stärkere Rechtskraft. Auch von den Rescripten aus dem dritten Jahrhundert gilt noch häufig dasselbe: ganz gewöhnlich ertheilen sie lediglich Rechtsbelehrung, und in einem solchen Alexanders ²⁾ wiederholt dieser einfach ein *responsum Domitii Ulpiani praefecti annonae iuris consulti amici mei*. Bei der allgemein anerkannten materiellen Gleichartigkeit des Rescripts und des Responsum ist es nicht nöthig dabei länger zu verweilen. Aber andererseits liegt es im Wesen der authentischen Interpretation, dass sie ihre Schranken nicht einhält und mehr oder minder in die Rechtssetzung übergreift; und dies ist auch in Rom der Fall gewesen. Die Worte, die Tertullian ³⁾ an die africanischen Statthalter richtet: *cottidie . . . totam illam veterem et squalentem silvam legum novis principalium rescriptorum et edictorum* ⁴⁾ *securibus truncatis et caeditis* bestätigen eines-theils den aus der Massenhaftigkeit der in unseren Rechtsbüchern enthaltenen severischen Rescripte schon früher gezogenen Schluss auf die damals eintretende Steigerung der Zahl der promulgirten Rescripte und ihre Wichtigkeit für die

¹⁾ Dig. 37, 14, 17. — ²⁾ Cod. Inst. 8, 37, 4. — ³⁾ apol. 4. — ⁴⁾ Die an den Statthalter gerichteten kaiserlichen Rescripte werden durch dessen Edicte den Unterthanen zur Kenntniss gebracht.

Rechtspflege, andererseits, dass Rechtsänderungen damals häufig auf diesem Wege stattgefunden haben. Dass dann diese verschleierte Legislation unter Constantin abgeschafft ward, ist nur folgerichtig. Nach dem damals neugestalteten Staatsrecht geht die gesetzgebende Gewalt über auf den Kaiser unmittelbar und die durch den formellen Mangel dieses Rechts hervorgerufene weite Ausdehnung des kaiserlichen Rechts authentischer Interpretation war somit überflüssig und wurde beseitigt.

Aber wenn auch die Proposition der Rescripte dazu gedient hat, um denselben allgemeine Anwendbarkeit, *legis vicem* zu verschaffen, was nicht füglich bezweifelt werden kann, wenn sogar, was wenigstens möglich ist, die Einrichtung zunächst zu diesem Zweck getroffen worden sein sollte, es genügt dies nicht, um die Art und den Umfang zu erklären, in welchem die Proposition der Rescripte uns entgegentritt. Die uns erhaltenen sehen ganz und gar nicht aus wie gesammelte Entscheidungen zweifelhafter Rechtsfragen; Erlasse, die unbestritten geltende Rechtssätze lediglich aussprechen, finden sich unter denselben in grosser Zahl und wir durch das Mass der heutigen officiellen Höflichkeit nicht verwöhnten Neueren bewundern in denselben sehr häufig die Geduld und die Courtoisie der römischen Behörden gegenüber recht überflüssigen und zuweilen albernen Fragen. Vor allem aber fügt der neu gefundene Erlass an das paulalische Dorf dieser Auffassung sich in keiner Weise: die Widerrechtlichkeiten, welche dessen Bewohnern insbesondere von den Soldaten zugefügt wurden, konnten juristisch nichts lehren und noch weniger der kaiserliche Bescheid, der einfach darauf hinauslief, dass weitere Erhebung des Thatbestandes erforderlich sei. Aber er kommt uns selbst zu Hülfe, indem er zugleich, wie schon ausgeführt ward, uns lehrt, dass durch die Proposition der Antwort die Insinuation derselben überflüssig ward, man es alsdann den Parteien überliess, sich von dem öffentlich aufgestellten Erlass auf dem hergebrachten privaten Weg beglaubigte Abschrift zu beschaffen. Dies war nicht für die Parteien, aber wohl für die Regierung eine nicht geringe Erleichterung: man vermied die Mahnung des Petenten um die Antwort, die Ermittlung seines Aufenthaltsorts in Rom oder ausserhalb, die oft wohl schwierige Frage nach der Legi-

timation der zum Empfang sich meldenden Person; man ersparte sich ferner die gewiss oft genug vorgetragenen Bitten der Gegenpartei oder anderer betheiligter Personen um Zustellung einer Abschrift des Bescheides. Wenn die bei der Regierung eingehenden Petitionen im Kabinet erledigt waren, wurden die Bescheide nebst Anlagen nach genommener Abschrift einfach an den Stadtpräfecten geschickt und den betheiligten oder auch nicht betheiligten Personen gestattet davon auf ihre Kosten und durch ihre Bemühung Abschriften zu beschaffen. Von diesem Standpunkt aus wird es begreiflich, dass bei denjenigen kaiserlichen Briefen und Bescheiden, welche an sich der Oeffentlichkeit übergeben werden konnten, die Insinuation in grossem Umfang durch die Proposition ersetzt ward und dass sich also diejenige Rescriptenmasse bildete, aus der die excerpirenden Juristen entnahmen, was wir der Art in unseren Rechtsbüchern aufgenommen oder angezogen finden ¹⁾).

XI.

Iudicium legitimum.

Von

Theodor Mommsen.

Es ist in neuester Zeit viel verhandelt worden über den Begriff, den die Römer mit *iudicium legitimum* verbanden; und es ist derselbe in der That von solcher Wichtigkeit nicht bloss für das römische Civilrecht, sondern für die römische Rechtsanschauung überhaupt, dass es mir zweckmässig scheint meine von den jetzt, wie es scheint, vorwaltenden abweichende Anschauung hier vorzulegen. Wenn ich es unterlasse, auf jene unmittelbar einzugehen, so geschieht es, weil die neueste

¹⁾ Während des Druckes geht mir eine kurze Abhandlung Karlovas zu 'zur Inschrift von Skaptoparene' (neue Heidelberger Jahrbücher J. 2 [1892] S. 141—146). Sie hat die Untersuchung nicht weiter gefördert und mir keine Veranlassung gegeben meinen Ausführungen etwas zuzusetzen oder daran zu verändern.

Behandlung der Frage durch einen ebenso feinen wie irritablen Forscher mir ein Abbrechen der directen Discussion zu fordern scheint; die Sache selbst wird auch ohne Altercation behandelt werden können. Dass es mir möglich gewesen ist die bei den classischen Juristen obwaltende Terminologie in ihrer Vollständigkeit zu erwägen, verdanke ich meinem Freunde Gradenwitz, welcher die für das Digestenlexikon gesammelten Materialien mir für diese Untersuchung zur Verfügung gestellt hat ¹⁾.

Das Wort, um das es sich hiebei handelt, *legitimus* nebst dem darin enthaltenen Grundstamm *lex* kommt bei den Römern theils in allgemeiner Geltung vor, theils in technischer Verwendung. Jene ist der Beziehung nach ebenso mannichfaltig wie dem Werthe nach einfach; diese beschränkt sich auf sehr wenige, aber feste und wichtige Wortverbindungen.

In allgemeiner Geltung kommt das Prädicat *legitimus*, das heisst gesetzlich, jeder Einrichtung zu, welche der Rechtsordnung entspricht, ohne Unterschied, ob dieselbe allgemein oder irgend ein bestimmtes Gesetz in das Auge gefasst wird. Den begrifflichen Gegensatz macht hier immer die einfache Negation des Gesetzes, je nach Umständen das widerrechtliche oder auch das nur durch magistratisches Belieben angeordnete Verfahren, welche letztere Verwendung selbstverständlich vorzugsweise bei den Juristen hervortritt. Es wird nicht überflüssig sein unter den zahllosen Verbindungen, in denen das Wort in seiner allgemeinen Geltung auftritt, die wichtigeren bei den Juristen begegnenden hervorzuheben; zu beachten ist dabei, dass keine einzige derselben der eigentlich technischen Sprache angehört und das Wort darum auch keineswegs besonders häufig in den Rechtsbüchern auftritt. Die technische Sprache bedient sich, wie billig, überwiegend der einfachen, die Gesetzmässigkeit an sich einschliessenden Bezeichnung und nur in besonderem Anlass, namentlich im Gegensatz zu illegitimen Analogien, wird die Legitimität accentuirt. Interpolirend haben die Compileren es wahrscheinlich häufig angewendet, um abgeänderte Institutionen in bequemer Weise umzunennen; sprachlich correct ist aber der Gebrauch auch in dieser Handhabung.

¹⁾ Für die hier behandelten Wortverbindungen gebe ich die bei den juristischen Classikern vorkommenden Belege vollständig, wo nicht das Gegentheil gesagt ist. Die Digestenstellen sind mit den blossen Ziffern angeführt.

civis Romanus legitimus Marcianus 49, 14, 32 — *magistratus legitimus* Pomponius 1, 2, 2, 19.

matrimonium legitimum, nuptiae legitimae, uxor legitima: Celsus 1, 5, 19. Pomponius 23, 2, 4. Papinian 48, 5, 12, 12. Callistratus 50, 1, 37, 2. Ulpian 1, 5, 24. Paulus 23, 2, 10.

filius legitimus, liberi legitimi: Scaevola 36, 3, 18 pr. Paulus 23, 2, 65, 1. 28, 6, 45 pr. — *(filius) legitime quaesitus* Ulpian 50, 2, 3, 2. — *liberi legitime concepti* Marcus und Verus (Marcianus) 23, 2, 57a.

tempus legitimum von der Trauerzeit: Ulpian 3, 2, 8. 3, 2, 11, 1. 2. Paulus 3, 2, 10 pr. — von der Ersitzungsfrist Tryphoninus 49, 15, 12, 8. Paulus 24, 1, 24. — von dem Verlust der dinglichen Rechte durch Nichtgebrauch Marcellus 8, 6, 13. Papinian 7, 1, 5 — von der Prozessverjährung Ulpian 5, 1, 32. Paulus 4, 3, 18, 4 — von den Fristen für Rückerstattung der Mitgift Ulpian 24, 3, 24, 3 — von der Zahlungsfrist für den Verurtheilten Papinian 22, 1, 3 pr. Ulpian 42, 1, 4, 5 — von der Restitutionsfrist Ulpian 4, 4, 19 — von der Klagbefristung Paulus 3, 3, 72. Bei den zuletzt genannten Stellen liegt vielleicht insofern Interpolation vor, als die hier festgesetzten Fristen ursprünglich bloss prätorische sind¹⁾.

aetas legitima bei Livius 25, 2, 6 von den Altersgrenzen für die Magistratur, im Civilrecht von der Majorennität: Pomponius 27, 7, 1 pr. Scaevola 49, 1, 28, 2. Papinian Vat. 69. Paulus 26, 2, 32, 2. Marcianus 39, 4, 16, 9. Modestinus 3, 5, 26 pr. 34, 3, 20, 1. 46, 1, 41 pr. Die relativ sehr geringe Zahl der Belegstellen zeigt, dass diese Bezeichnung der

¹⁾ An den übrigen Stellen waltet an sich gegen die Verwendung des Wortes kein Bedenken ob. Aber da, wie mir Gradenwitz bemerkt, alle also bezeichneten Fristen, Trauerzeit (Cod. 5, 9, 2), Ersitzung (Cod. 7, 31), Servitutenverlust (Cod. 3, 33, 16. tit. 34, 16), Prozessverjährung (Cod. 3, 1, 13), Mitgiftfristen (Cod. 5, 13), Zahlungsfristen nach Verurtheilung (Cod. 7, 54, 2) auf später Rechtsänderung beruhen, so ist wahrscheinlich auch bei diesen das allgemeine Wort vielfach für die präcisere Bezeichnung interpolirt worden.

Majorennität keineswegs die technische war¹⁾. Bemerkenswerth ist es, dass nie die Pubertät also bezeichnet wird; wahrscheinlich desshalb, weil die Majorennität durch die plaetorische *lex quinavicennaria* fixirt war, die Pubertät aber der formalen Fixirung entbehrte.

horae legitimae bei Cicero Verr. l. 1, 9, 25 von der durch die Processgesetze dem Redner gesetzten Maximalzahl der Stunden.

modus legitimus von dem gesetzlichen Maximum der Schenkungen und Honorare: Sev. und Ant. (Ulpian) 50, 13, 1, 10. Paulus 44, 4, 5, 2. 5 — von dem der Zinsen: Ulpian 17, 1, 10, 3 *usurae quae legitimo modo in regionibus frequentantur*, oder auch *supra modum legitimae usurae* Papinian 22, 1, 9 pr. oder *supra legitimum modum* oder ähnlich Ulpian 12, 6, 26 pr. 13, 4, 2, 8. Paulus 20, 2, 8.

usurae legitimae sind genau genommen nicht die Maximalzinsen, sondern die erlaubten Zinsen bis zum Maximum (Pomponius 45, 1, 90. Papinian 20, 1, 1, 3. 22, 1, 9, 1. 22, 2, 4 pr.); wo die Maximalzinsen so heissen (Papinian 22, 2, 4, 1. Ulpian 26, 7, 7, 4. 7), kann dies zwar entschuldigt werden, so gut wie Ciceros *horae legitimae* und anderes, ist aber doch vielleicht Interpolation, wie denn überhaupt die Stelle Papinians Vat. 11 zeigt, dass in der justinianischen Redaction *centesima* durch *legitima* ersetzt ist und auf diese Stellen sich also nicht mit Sicherheit bauen lässt²⁾.

spatium legitimum oder *modus legitimus* von dem gesetzlichen Mindestzwischenraum der Gebäude Pomponius 11, 8, 3, 1. Papirius Iustus 8, 2, 14.

¹⁾ Gradenwitz macht darauf aufmerksam, dass in die Pomponiusstelle die *aetas legitima* wohl durch die Compileren eingesetzt ist, weil nach justinianischem Recht der Minderjährige nicht Vormund sein kann und dass auch Scaevola wohl nur mit dem Tutor sich beschäftigt hat, dem dann der Curator angefügt wurde. — ²⁾ *Ad finem centesimae* Papinian 22, 2, 4, 1 ist vielleicht nur durch Versehen stehen geblieben. Die Wendung *fini legitimae* bei demselben 20, 1, 1, 3 jener Stelle und Vat. 294 *fini decimarum* legt die Vermuthung der Interpolation nahe. Gradenwitz.

latitudo legitima von der gesetzlichen Mindestbreite der Wege Iavolenus 8, 3, 13, 2.

numerus legitimus bezogen auf die Testamentszeugen Gai. 2, 109 — auf die Maximalzahl der testamentarischen Freilassungen Paulus *sent.* 4, 1, 16 wie Pomponius *legitimi testes* 28, 6, 16, 1 — auf die zur Beschlussfassung erforderliche Zahl der Decurionen Marcian 50, 9, 2.

stipendia legitima von Soldaten Ulpian Vat. 144.

pars legitima von der gesetzlichen Quote des Patrons an der Erbschaft des Freigelassenen Ulpian 38, 2, 19 pr. Von der falcidischen Quart scheint die gleiche Bezeichnung nicht vorzukommen.

actio legitima im Gegensatz zur *actio honoraria* Ulpian 19, 5, 14, 3: *Aristo scribit non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possim, nam neque ex lege XII tabularum de pastu pecoris . . . neque de pauperie neque damni iniuriae agi posse: in factum itaque erit agendum.* Ebenso Maecianus 35, 2, 32 pr. Ulpian 9, 3, 5, 12. Paulus 39, 1, 19. Coll. 2, 5, 4. 5; oder im Gegensatz zur *actio utilis*: Pomponius 39, 3, 22, 2. Abgesehen von Pomponius 1, 2, 2, 6, wo *legitima actio* als rein sprachliche Erklärung zu *legis actio* auftritt, hat das Adjectiv neben *actio* nie den weiterhin erörterten technischen Werth.

ius legitimum ist ebensowenig im technischen Gebrauch wie *actio legitima* und bezeichnet gleichfalls, wo es nicht, wie Gai. 4, 103, bloss in der Worterklärung auftritt, sachlich das volle Recht, im Gegensatz zu dem fehlenden oder mangelhaften. Scaevola 31, 88, 17: *pro iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas.* Ulpian 27, 7, 4, 3: *iure legitimo stipulatio interposita.* Gaius 4, 111 von der prätorischen Klage: *imitatur ius legitimum.* Wo das Wort sonst auftritt, bezieht es sich auf das Erbrecht und steht offenbar unter dem Einfluss des für den civilrechtlichen Intestaterben technischen Ausdrucks *heres legitimus*; *legitimum ius* wird dem agnatisch oder patronatisch Erbberechtigten beigelegt Gai. 3, 51. D. 37, 14, 22, auch dem *suus* Gai. 3, 37 (wenn richtig ergänzt). Ulp. 28, 13, dem

bloss vom Prätor zugelassenen abgesprochen Gai. 2, 149. 3, 22. 26. 27. 28. Ulp. 28, 9. In einigen wenigen Stellen wird sogar der testamentarische Erbe dem *heres iure legitimo* entgegengestellt (Papinian 31, 69 pr.: *testator . . . si, cum ex asse scripsisset heredem, eius gratia, qui legitimus heres futurus esset, ita loquatur: peto pro hereditate, quam tibi reliqui, quae ad fratrem meum iure legitimo rediret, contentus sis centum aureis*. Paulus 17, 2, 3, 2: *quaeritur . . . quae sit iusta hereditas, utrum quae iure legitimo obvenit an etiam ea quae testamento? et probabilius est ad legitimam hereditatem tantum hoc pertinere*) und ist der Ausdruck offenbar periphrastisch gebraucht für den daneben verwendeten technischen *heres legitimus*. Aber dass *heres iure legitimo*, wenn es auch vom Testamentserben allein nicht gebraucht wird, wenigstens diesen einschliessen kann, wird anerkannt durch die dem Gaius für den civilrechtlichen Intestaterben geläufige Wendung *is ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas* (Gai. 2, 35. 36. 119. 149. 167), obwohl die gebräuchliche kürzere Bezeichnung *heres legitimus*, *hereditas legitima* sich natürlich bei ihm auch findet (2, 149a. 3, 14. 85); der Schriftsteller hat ohne Zweifel durch jene ihm eigenthümliche und gewiss mit Absicht gewählte weitere Fassung dem vorbeugen wollen, dass dem *heres legitimus* der technischen Sprache gegenüber jeder andere Erbe erscheint als nicht nach Civilrecht berufen, wie dies das blosse Wortverständniss nahe legt. Darum bildet auch der Gegensatz zu dem *iure legitimo* berufenen *heres* überwiegend der prätorische Scedent (Gai. 4, 34. Ulpian 29, 4, 1, 9. Paulus 37, 1, 6, 1. 37, 4, 11, 1.).

Aber neben dieser Verwendung des Adjectivs, welche einfach dem durchsichtigen Wortsinn angepasst ist, findet sich eine andere, welche diesen conventionell verengert und eben darum als technische auftritt. Sie tritt nur in bestimmten Verbindungen auf, neben den drei technischen Wörtern *heres* (*hereditas*), *tutor* (*tutela*), *iudicium*. Ihr gleichartig ist die Verbindung des Grundwortes *lex* mit *agere* und *actio* in den Formeln *lege agere* und *legis actio*, während die sprachlich

gleichwerthige *legitima actio* ¹⁾, wie schon gezeigt ward, nicht der conventionellen Sprache angehört, sondern das Adjectiv hier den allgemein gültigen Werth hat. Die Zusammenfassung des Substantivs und des Adjectivs in diesen conventionellen Redeweisen ist um so unabweislicher, als das *iudicium legitimum* bei Cicero (s. unten S. 276) bezeichnet wird als *iudicium lege*. Wenn Papinian (50, 17, 77) die nach altem Civilrecht geordneten Willensacte, wie die Emancipation und die Tutorenernennung, definirt als *actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem*, so gehört auch dies zu demselben Sprachgebrauch, nur dass der sonst nicht wiederkehrende Ausdruck die Möglichkeit späterer anlehnender Construction desselben offen lässt und mindestens die weitere Erörterung abschneidet. Versuchen wir den Werth jener Bezeichnungen festzustellen.

Heres legitimus (hereditas legitima) wird zuweilen gefunden als Gegensatz zum prätorischen Erbrecht (Julian 29, 7, 3 pr.: *legitima hereditas vel bonorum possessio* 30, 92, 2. Ulpian 36, 1, 6, 1: *sive legitimi, sive honorarii sint successores*, wo aber vielleicht *heres* absichtlich vermieden ist; auch sonst hie und da) und wenigstens von Papinian mitunter auch für den Testamentserben verwendet (28, 7, 28. 31, 77, 23. 40, 5, 23, 2) ²⁾. Aber diese vereinzelt Stellen können nur gefasst werden als nachlässige oder neologische Abweichung vom conventionellen Sprachgebrauch, der, wie bekannt, vollständig fest steht: *heres legitimus* ist der civilrechtliche Intestaterbe, wobei zwar vorzugsweise an die agnatische oder patronatische Erbfolge gedacht wird, aber auch der *suus* keineswegs ausgeschlossen ist (z. B. Julian 38, 16, 6), wie ja dieser auch in der Classe *unde legitimi* erbberechtigt ist. Dass, so lange das Erbrecht der Gentilen praktischen Bestand hatte, auch diese den *legitimi heredes* gezählt worden sind,

¹⁾ Pomponius Dig. 1, 2, 2, 6: *legis actiones id est legitimae actiones*. Sprachlich verhalten sich beide Wendungen wie *res mea est* und *res est Titii* und philologisch hat der Schriftsteller also ganz Recht mit jener Gleichung, die aber, von den Juristen falsch bezogen, die auf diesem Gebiet herrschende Begriffs- und Wortverwirrung zum guten Theil veranlasst hat. — ²⁾ Die mir mitgetheilte Vermuthung, dass hier an Intestatcodicille zu denken ist, dünkt mich nicht wahrscheinlich.

lässt sich nicht füglich bezweifeln. Die technische Verwendung des Wortes, in der es im prätorischen Edict selber gebraucht war, bedarf keiner Belegung; den nächsten Gegensatz dazu bildet der durch Testament berufene Civilerbe, der *heres scriptus*. Die tralatitische Erklärung dieses Kunstausdruckes geht zurück auf die Regulirung der Intestaterbfolge zunächst durch die zwölf Tafeln: *legitima hereditas* ist die, *quae ex lege XII tabularum defertur* (Pomponius 38, 16. 11. Ulpian 37, 14, 11. 38, 17, 1, 8 u. a. St. m.). Auf die nahe liegende Instanz, dass auch das Testament durch eben dieselben zwölf Tafeln anerkannt ist, findet sich in den Quellen keine Antwort. Aber auch wie diese den Begriff fassen, erkennen sie die conventionelle Verengerung des Wortsinnes an, indem ihnen der *heres legitimus* nicht derjenige ist, welcher *lege* succedirt, sondern welcher succedirt nach der Intestatorordnung der zwölf Tafeln.

Tutor legitimus (tutela legitima) geht im Gebrauch dem *heres legitimus* völlig parallel, wie denn auch beide Institutionen in der That nur verschiedene Beziehungen derselben Rechtsordnung sind. Hier aber sind wir insofern besser berathen, als der zwiefache Werth der Bezeichnung, der weitere allgemeine und der engere technische, welchen wir bei dem *heres legitimus* erschliessen mussten, für den Vormund von Ulpian selbst in schöner Klarheit dargelegt wird. *Tutores* heisst es in seinem Abriss 11, 2. 3, *aut legitimi sunt aut senatus consultis instituti aut moribus introducti. legitimi tutores sunt, qui ex lege aliqua descendunt, per eminentiam autem legitimi tutores dicuntur, qui ex lege duodecim tabularum introducuntur seu palam, quales sunt agnati, seu per consequentiam, quales sunt patroni*. Also der durch Testament ernannte Vormund, der *tutor dativus* oder *testamentarius*, den, wie Ulpian nachher bemerkt, dasselbe Zwölftafelgesetz bestätigt, und der auf Grund des atilischen Gesetzes vom Magistrat bestellte Vormund, der *tutor Atilianus*, gehören zu den *tutores legitimi* im weitem Sinn, im engern Sinn aber heissen also nur die in dem Zwölftafelgesetz benannten Vormünder. Wo der Ausdruck sonst vorkommt, hat er wohl überall den technischen Werth und schliesst insbesondere den testamentarischen Tutor noch bestimmter aus (Gai. 1, 155. Ulp. 11, 17 und sonst) als der *heres legitimus* den *heres scriptus*. — Vom *curator*

legitimus sprechen nur Gaius (27, 10, 13) und Ulpian (12, 1); es ist dies nichts als eine verschiedene Beziehung derselben conventionellen Redeweise.

Lege agere und *legis actio* sind in ihrem terminologischen Werth jedem bekannt. Die conventionelle Reduction des Begriffs gegenüber dem Wortsinn tritt hier womöglich noch schärfer hervor: *qui agit lege Aquilia, non agit lege*. Evident wird hier die *lex* im eminenten Sinn, wie sie der *legis actio* zu Grunde liegt, unterschieden von der *lex* schlechthin, wie sie in allen nicht technischen Wortverbindungen gebraucht wird. Gefragt kann nur werden, was bei jener *lex* verstanden wird. Die Antwort, wenigstens eine Antwort oder vielmehr zwei giebt Gaius (4, 11): *actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur vel ideo quod legibus proditae erant vel ideo quia ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur*, was weiter belegt wird durch die Abweisung einer auf das Zwölftafelgesetz wegen abgehauener Bäume gegründeten Klage, weil die Klage auf Weinstöcke statt auf Bäume gestellt worden war. Dass beide Antworten vielmehr Ausreden sind, ist evident. Auf einer *lex* beruht jede civilrechtlich begründete Klage und also freilich auch die *legis actio*; nicht das bedarf der Erklärung, dass bei dieser die *lex* genannt wird, sondern dass nur das Verfahren nach altem Recht *legis actio* genannt werden kann und den *actiones legibus proditae* schlechthin diese Bezeichnung versagt wird. Ebenso wenig trifft die zweite Antwort zu: dass die Klage sich im Wortlaut dem Gesetz anzuschliessen hat, gilt ebenfalls allgemein und das von Gaius vorgetragene Beispiel passt genau ebenso auf das Formular-, wie auf das Legisactionenverfahren. In etwas anderer Weise führt Pomponius (1, 2, 2, 6) die *legis actiones* auf die Zwölftafeln zurück, insofern aus diesen die *legis actiones* zusammengestellt sind; man kann auch darauf nur erwidern, dass dies nicht mehr und nicht weniger von zahlreichen Klagen gilt, die nur *actiones* sind, nicht *legis actiones*. Wir werden mit Nothwendigkeit zu einer andern Erklärung gedrängt. Die *lex* welche der *legis actio* zu Grunde liegt und der gewöhnlichen *actio* nicht, kann nichts anderes sein als die älteste mit dem Gemeinwesen selbst ins Leben getretene Rechtsordnung. Diese

konnte mit gutem Fug den späteren Einzelgesetzen gegenüber bezeichnet werden als *lex* im eminenten Sinn.

Wenden wir den hier gefundenen Begriff auf den *heres legitimus* und den *tutor legitimus* an, so heben sich damit die hinsichtlich dieser Ausdrücke gebliebenen Bedenken. Dass die quellenmässige Worterklärung für beide Ordnungen zwar nicht ganz so ungenügend ist, wie die eben erörterte der *legis actio*, aber doch keineswegs befriedigt, haben wir gesehen; ist die hier gemeinte *lex* die der zwölf Tafeln, so schliessen diese den testamentarischen Erben und den testamentarischen Vormund keineswegs aus. Aber nach der ursprünglichen Rechtsordnung ist allerdings das Testament nicht eine *lex*, sondern vielmehr ein *privilegium*, sind die rechtlichen Konsequenzen desselben nicht schwächer als diejenigen der *lex*, aber exceptioneller Art, mithin die ursprüngliche ordentliche Erbfolge der testamentarischen entgegengesetzt. Dies kommt in den Bezeichnungen *heres legitimus* und *heres scriptus* zum Ausdruck. Vielleicht widerstreitet die Auffassung der *lex* als des Urrechts der quellenmässigen, welche auf die Zwölftafeln recurriert, weniger als es scheint; denn wenn für das Urrecht eine terminologische Bezeichnung begreiflicher Weise fehlt, so tritt das Zwölftafelgesetz in der römischen Anschauung bis auf einen gewissen Grad an dessen Stelle¹⁾. Wäre einem römischen Juristen die Frage vorgelegt worden, ob es einen *heres legitimus* und einen *tutor legitimus* erst seit der Niederschrift der Decemvirn gegeben hat, wie es erst seit dem atilischen Gesetz einen *tutor Atilianus* gab, er hätte sie sicher verneint.

Wir kommen zu dem *iudicium lege*, wie es Cicero (pro Flacco 21, 50) nennt, oder dem *iudicium legitimum* der Juristen Gaius (1, 184. 3, 83. 180. 181. 4, 103—109), Ulpian (11, 24. 27) und

¹⁾ Man kann damit zusammenhalten die *actio antiqua de tigno iuncto*, quae ex lege XII tabularum descendit (Paulus Dig. 6, 1, 23, 6) und die Bezeichnung des Zwölftafelgesetzes als *lex antiqua* im Gegensatz zu dem aquilischen (Ulpian Dig. 9, 4, 2, 1). *Ius antiquum* ist durchgängig dasjenige, welches herfließt entweder aus den zwölf Tafeln oder doch aus der den benannten Gesetzen der späteren Epoche voraufgehenden Rechtsordnung (Celsus Dig. 31, 29, 2. Gaius 3, 43. Scaevola Dig. 28, 2, 29, 7. Papinian 39, 6, 42, 1. Tryphonius Dig. 49, 17, 19, 3. Ulpian 1, 21. 4, 31. 18; Dig. 37, 12, 1, 6. 38, 17, 1, 9. 10. 1. 2, 20. 22).

Paulus (Vat. 47a). In wie hohem Grade dieser Verbindung technischer Werth zukommt, geht schon daraus hervor, dass sie in unseren Digesten, wo die technische Ausdrucksweise nicht mehr verwendbar war, nirgends erscheint und dass, wo sie bei Juristen oder Nichtjuristen auftritt, sie nie den einfachen Wortsinn hat, sondern, wo dieser zur Anwendung kommen soll, vielmehr *actio legitima* gesetzt wird. Die technische Bedeutung des Wortes definirt Gaius mit aller wünschenswerthen Bestimmtheit. Es wird für diesen Prozess gefordert: Führung desselben in Rom, die Bürgerqualität der Parteien und des Richters und der Rechtsgang der ältesten Ordnung. Ob ausser dem dabei von Gaius allein genannten Einzelrichter noch die Prozesse vor *tres arbitri* und die sonstigen collegialisch besetzten *iudicia* den *iudicia legitima* zugerechnet werden, kann zweifelhaft sein, ist aber wahrscheinlich zu bejahen; ausdrücklich ausgeschlossen ist nur das Verfahren vor Recuperatoren. Wann dieser Begriff und diese Terminologie aufgekommen sind, lässt sich dem Bericht nur insoweit entnehmen, als das julische Prozessgesetz das *iudicium legitimum* bereits vorgefunden und seine Prozessverjährung daran geknüpft hat.

Die Frage, welche *lex* diesem Terminus zu Grunde liegt, wird in unseren Quellen nicht geradezu aufgeworfen; aber wenn Gaius bemerkt, dass das *iudicium legitimum* und das *iudicium ex lege* keineswegs identisch seien, zum Beispiel ein jenen Bedingungen nicht entsprechendes *iudicium ex lege Aquilia* nicht *iudicium legitimum* genannt werden könne, so läuft dies im wesentlichen auf dieselbe Unterscheidung hinaus, welche Ulpian hinsichtlich der Vormundschaft vorträgt, nur dass er einen weiteren und engeren Sprachgebrauch zulässt, Gaius aber den weiteren Gebrauch von *iudicium legitimum* verwirft und dafür *iudicium ex lege* gesetzt haben will, während sprachlich beide Ausdrücke wesentlich zusammenfallen ¹⁾. Der Sprach-

¹⁾ Eigentlich gleichbedeutend sind sie nicht: die adjectivische drückt die organische, die präpositionale die zufällige Verbindung aus. *Civis Romanus* ist allein zulässig, weil das Heimathrecht zum Wesen der Person gehört. *Elephantus Indicus* bezeichnet die Gattung, *elephantus ex India* den nicht nothwendig mit derselben verknüpften früheren Aufenthalt. Regelmässig können trotz der bestehenden Nuance

gebrauch, soweit wir urtheilen können, giebt Gaius Recht; weder *iudicium legitimum* noch *tutela legitima* begegnen anders als in dem engeren technischen Sinn, den Ulpian vorzieht und Gaius vorschreibt.

Welche *lex* ist es nun, die bei dem *iudicium legitimum* zu Grunde liegt?

Wenn jetzt darauf geantwortet wird, dass dies der aebutische dem Legisactionenprozess das Formularverfahren substituierende Volksschluss sei, so deutet nicht bloss auf diesen Gaius mit keiner Silbe hin, sondern sicher hat auch dieser Volksschluss ebenso für die *iudicia quae imperio continentur* wie für die *legitima* den Legisactionenprozess beseitigt, und wenn also das *iudicium legitimum* von dem aebutischen Gesetz den Namen führte, so käme derselbe auch solchen Prozessen zu, die Gaius ausdrücklich ausschliesst. Ueberhaupt aber hat weder dieser noch irgend ein anderer Volksschluss in der Weise ausgezeichnet werden können, dass nur die ihm conformen Gerichte *iudicia legitima* genannt worden wären. Es ist dabei das Verhältniss des *lege agere* und des *legitimum iudicium* verkannt. Beide gehören ursprünglich zusammen; die Zusammenstellung des *agere lege* und des *agere legitimo iudicio* bei Ulpian 11, 24. 27 und Gaius 1, 184 fordert dies unbedingt und schon darum darf, da die *lex* der ersteren Formel sicher nicht die aebutische ist, auch bei der zweiten an diese nicht gedacht werden — ein Schlüssel, der nur eines dieser Schlösser schliesst, ist sicher auch für das andere nicht der richtige. Aber wenn es eine Epoche gegeben hat, wo jeder römische Prozess durch *legis actio* eröffnet und im *legitimum iudicium* entschieden ward, so scheiden in der späteren Rechtserweiterung sich die Kreise sachlich und terminologisch. Die *legis actio* wird auch dem Peregrinen gestattet¹⁾

beide Ausdrucksweisen angewendet werden: der mit africanischer Waare handelnde Kaufmann ist ein *negotiator Africanus*; der in Africa domicilirte Kaufmann kann ebensogut *negotiator Africanus* genannt werden wie *negotiator ex Africa*. Rein sprachlich könnte auf die Klage wegen *damnum iniuria* die Bezeichnung *legitima* angewendet werden so gut wie *ex lege*.

¹⁾ Schon zu dem Stadtrecht von Salpensa und Malaca habe ich darauf hingewiesen, dass der doch immer hauptsächlich für Peregrine bestimmte Repetundenprozess nach dem Repetundengesetz Z. 25 im Anfang des 7. Jahrh. d. St. durch *sacramentum* eingeleitet ward, wo-

und sowohl im Recuperatorenprozess¹⁾ wie im ausserstädtischen²⁾ angewandt. Wie das im einzelnen geschehen ist, können wir nicht nachweisen; die uns vorliegende Darstellung dieses Verfahrens legt natürlich den ältesten ordentlichen Prozess zu Grunde und gewiss ist auf die jüngeren modificirten Prozessformen die *legis actio* unter mancherlei Modificationen und Restrictionen zur Anwendung gekommen³⁾. Aber *sacramenti actio generalis est* und sicher hat es keine allgemeine dem *iudicium quod imperio continetur* correlate Prozesseinleitungsform gegeben. Das *iudicium legitimum* dagegen hat seinen alten engen Kreis behauptet, indem ihm die auf Magistratebefehl beruhende Prozessform zur Seite trat. Wer diese verschiedene Gestaltung der Klageerhebung und der Prozessregulirung erwägt, wird darüber nicht im Zweifel sein, dass die Umgestaltung der ersteren mit der Behandlung der zweiten in gar keinem ursächlichen Zusammenhang steht.

Dass die oben für die gleichartigen technischen Ausdrücke vorgetragene Erklärung auf das *iudicium legitimum* vollständig anwendbar ist, leuchtet ein. Die von Gaius aufgeführten Merkmale sind eben diejenigen des ältesten römischen Rechtsstreites und wenn unter der *lex* die ursprüngliche selbst den Zwölftafeln voraufgehende Rechtsordnung verstanden wird, so kann diese allerdings als die *lex per eminentiam*, wie Ulpian sagt, gefasst und allen späteren Vorschriften gegenübergestellt werden. Auf Gesetzen ruht auch der Rechtsverkehr zwischen Bürgern und Nichtbürgern und die Gerichtsstätten in Italien und in den Provinzen sind durch Volksschluss angeordnet worden; aber den Grundgedanken haben die Römer nie vergessen und nie verleugnet, dass ursprünglich der Rechtsbegriff nur innerhalb der Bürgerschaft und innerhalb der Stadtmauern waltet und allen davon sich entfernen-

bei eine ähnliche Fiction zur Anwendung gekommen sein mag wie bei der Uebertragung der ganz ähnlichen *actio furti* auf den Peregrinen (Gai. 4, 37). Das ist unter Anderen auch von Keller (Prozess⁴ S. 54) anerkannt worden.

¹⁾ Dies war die ältere Form des Repetundenprozesses. — ²⁾ *In iure cessio* in der Provinz: Gaius 2, 24. 32. — ³⁾ Dahin gehört, dass dem Peregrinen die *in iure cessio* nicht gewährt wird (Gaius 2, 65). Die Unfähigkeit desselben zur *legis actio* überhaupt folgert daraus Wach (zu Keller a. a. O.) ohne genügenden Grund.

den Erweiterungen der Charakter der Ausnahme ebenso aufgeprägt ist und bleibt, wie jenem Verfahren der der Regel. Es scheint mir darum auch nicht zweifelhaft, dass nicht bloss die Begriffe, sondern auch die terminologische Ausprägung derselben sehr alt sind, *iudicium legitimum* zugleich aufgekomen ist mit *lege agere* und *heres* und *tutor legitimus* und vielleicht so alt ist, wie die älteste Spaltung des Prozesses durch Einführung der Recuperation. Sehr wohl kann jene Bezeichnung schon zur Zeit des Legisactionenverfahrens gangbar gewesen sein.

Es bleiben noch einige Corollarien zu erörtern. Wie erklärt es sich, dass eine nicht civilrechtlich begründete Klage, wenn sie jenen prozessualischen Normen genügt, zu den *iudicia legitima* gezählt werden kann, wie Gaius (4, 109) dies thut? und wie kann zu dem *iudicium legitimum*, wenn es in diesem Sinn gefasst wird, das *iudicium quod imperio continetur* den Gegensatz machen?

Auf die erstere Frage liegt die Antwort nicht fern. Unter dem Klagrecht kann ein doppeltes verstanden werden: entweder das Recht des Bürgers dem Magistrat gegenüber zur Rechtsverfolgung zugelassen zu werden, oder das Recht des Klägers dem Beklagten gegenüber gemäss der von dem Magistrat getroffenen Anordnung sein Recht zu verfolgen. Nach der ganzen Anlage des römischen Gemeinwesens kann hier, wo es sich um das *iudicium* handelt, nur die zweite Begriffsbestimmung zur Anwendung kommen. Wenn der Prätor ein civilrechtlich begründetes Klagrecht nicht gelten lässt oder ein civilrechtlich nicht begründetes zulässt, so liegt darin entweder eine berechtigte Anwendung der discretionären Gewalt oder eine Amtsüberschreitung; aber wie der also verweigerter Prozess rechtlich nicht besteht, so hat umgekehrt der also gestattete gleiche Berechtigung wie der civilrechtlich zulässige, da der Prozess zunächst allgemein auf der Zulassung zur Klage durch den Prätor beruht. — Dieser theoretischen Erwägung zur Seite steht die praktische Nothwendigkeit. Der Begriff des *iudicium legitimum* ist keineswegs eine theoretische Abstraction, sondern es sind wichtige Rechtsverschiedenheiten an denselben geknüpft. Wohin wäre man gekommen, wenn zum Beispiel die Maximaldauer des Prozesses rechtlich davon abgehangen hätte,

ob die Klage aus dem aquilischen Gesetz in diesem selbst begründet war oder in seinen prätorischen Erweiterungen? Unmöglich konnte die rein theoretische und oft kaum mit Sicherheit zu entscheidende Frage, ob die verhandelte Klage civilrechtlich zulässig sei oder auf Analogie oder Willkür beruhe, auf diese Weise zum Austrag gebracht werden. Man konnte gar nicht anders als sich auf jene äusserlich leicht zu constatirenden Merkmale beschränken und für das *iudicium legitimum* nicht ein civilrechtlich begründetes Klagrecht, sondern einen civilrechtlich instruirten Prozess fordern.

Schwieriger ist es auf die Frage zu antworten, wie als Gegensatz zu dem *iudicium legitimum* das *iudicium quod imperio continetur* oder wie es mit seltsam gräcisirendem Ausdrucke auch benannt wird, das *iudicium imperio continens* hingestellt werden kann. Dass in gewissem Sinn jeder Prozess auf Amtsgewalt ruht, kommt bei der Gegensätzlichkeit des Ausdrucks nicht in Betracht; augenscheinlich wird hier ausgesprochen, dass derjenige Prozess, welcher von dem ältesten Rechtsverfahren sich in diesem oder jenem Punkt entfernt, betrachtet wird als beruhend lediglich auf der Amtsgewalt, und zwar auch dann, wenn der Magistrat dazu durch Volksschluss angewiesen ist. Denn dass das Recuperatorenverfahren sowohl wie die Einrichtung der ausserstädtischen Gerichtshöfe durchgängig durch Volksgesetze geordnet worden sind, zu denen die Bundesverträge ja auch gehören, ist schon hervorgehoben worden. Die schwächere Kraft aber dieses secundären Verfahrens wird nicht bloss durch jenen Gegensatz und jene Definition bezeugt, sondern auch dadurch gefordert, dass das *iudicium quod imperio continetur* durch den Rücktritt des instruirenden Magistrats zusammenfällt ¹⁾, wogegen dieser Rücktritt auf das *iudicium legitimum* keinen Einfluss hat. Auch die weiteren Gegensätze, dass allein

¹⁾ Diese Besonderheit des *iudicium legitimum* liegt sicher auch zu Grunde bei Cicero pro Flacco 21, 50. Der Prozess wird zwischen einem peregrinischen Kläger und einem römischen Beklagten in Rom vor einem Einzelrichter geführt; als der Kläger die Sache verloren giebt, *ab eo iudice abiit et, quod iudicium lege non erat, causam totam reliquit*. Das ist das *litem mori pati* der Digesten (42, 8, 3, 1); bei dem *iudicium legitimum* hätte damals, vor der Prozessverjährung des julischen Gesetzes, der Beklagte Freisprechung herbeiführen müssen; um zu erklären

im *iudicium legitimum* die Litiscontestation novirende Kraft hat; dass allein in einem solchen Theilungsprozess ein Niessbrauch vollgültig angeordnet werden kann. (Vat. fr. 47a); dass ein Prozess dieser Art auf den Adoptanten des Klägers nicht übergeht, sondern durch die Adoption hinfällig wird (Gai. 3, 83): dass in demselben die Frau nicht anders klagen kann als mit Zustimmung des Vormunds (Gai. 1, 184. 4, 80. Ulp. 11, 27), zeugen sämmtlich dafür, dass das *iudicium legitimum* allein als rechtes Gericht galt und jeder Prozess, welcher dies nicht war, mochte er auch durch Gesetz angeordnet sein, dennoch nicht als vollgültig betrachtet wurde.

In der That ist die Zurückführung des secundären Prozessverfahrens auf das freie Schalten der Magistratur für die Anfänge desselben wohl begreiflich. Zweien Bürgern, die den Geschworenen begehrten, durfte der Prätor denselben nicht verweigern. Bei der gleichen Forderung des Peregrinen hatte er sicher freie Hand, wo kein Vertrag bestand und auch wo dies der Fall war, mochte dieser den Rechtsgang mehr gestatten als befehlen¹⁾. Bei den Klagen des durch Diebstahl oder sonstige Unrechtfertigkeit geschädigten Ausländers, von denen dieses Verfahren doch ausgegangen sein wird, liegt die freiere Bewegung des Magistrats in der Natur der Verhältnisse. Auch die Anfänge des Recuperatorenprozesses stehen offenbar mit dem Peregrinenverkehr in Verbindung, obwohl wir sie zu wenig kennen, um daraus Schlüsse zu ziehen. Dass der Magistrat die Instruction des Prozesses in Italien und den Provinzen ablehnen und den Kläger nach Rom verweisen durfte, gilt noch für die spätere Epoche. Gewiss können in dem entwickelten Recht die Prozesse *quae imperio continentur* nicht mehr als für den Magistrat bloss facultativ angesehen werden; aber der Grundgedanke, dass sie auf dessen freiem Ermessen beruhen, kann die praktische Anwendung dieses Ermessens füglich überdauert haben.

dass es zu dieser nicht kam, hebt der Advocat hervor, dass der Prozess *imperio* instruiert war und daher durch blosse Verschleppung von Seiten des Klägers sein Ende fand.

¹⁾ Bei dem Latiner ist dies allerdings bedenklich; aber es ist keineswegs gewiss, dass der Prozess zwischen dem römischen Bürger und dem Latiner älteren Rechts nicht zu den *iudicia legitima* zählte.

Alle bisher erörterten Begriffe, der *heres* und der *tutor legitimus*, das *agere lege*, das *iudicium legitimum*, die *actus legitimi* führen zurück auf eine *lex*, die etwas anderes und mehr ist, als der einzelne Volksschluss: es ist die ursprüngliche rechtliche Norm der römischen Gemeinde, welcher jeder davon abweichende Act gegenübersteht, entweder als exceptionell, wie die Testamentserbfolge gegenüber der gesetzlichen, oder als unvollkommen wirksam und wesentlich durch magistratische Machtvollkommenheit geschützt und im strengen Sinn als nicht gesetzlich. Rechtliche Ausnahmen von dieser Ordnung und praktische Abweichungen von derselben begegnen überall und machen die neueren Institutionen recht eigentlich aus; aber sie selbst steht vor und über der rechtbildenden Gewalt der Gemeinde, ein unverrückbares Urrecht, und ihre praktischen Consequenzen haben theilweise, zum Beispiel in Betreff der Prozessverjährung, sich bis in die Kaiserzeit hinein behauptet. Diese Auffassung mag dem vom Civilrecht ausgehenden Forscher befremdlich und mystisch erscheinen; wer der Entwicklung des römischen Staates nachgeht, wird ebenfalls geführt auf denselben Gegensatz, auf ein Urrecht, welches durch die verfassungsmässige Gesetzgebung nicht abgeändert werden kann. Die ursprüngliche Staatsordnung ist in ihren Fundamenten ebenso unwandelbar wie jene jenseits der Zwölftafeln liegenden privatrechtlichen Ordnungen. Das Königthum ist ewig; es konnte umgenannt, verdoppelt, verkürzt, beschränkt, aber nicht aufgehoben werden. Von dem patricischen Senat gilt das Gleiche. Die Comitien sind im Lauf der Zeit so modificirt worden, dass die ursprüngliche Institution formell wie sachlich kaum noch erkennbar ist; aber die Rechtsanschauung hält die Continuität fest und unterscheidet nicht zwischen den Centurienbeschlüssen der Königszeit und den unter Augustus gefassten; das *iure rogare*, die *comitia iusta* (Staatsrecht, 3, 363) stehen theoretisch wie praktisch über dem Beschlussrecht der souveränen Bürgerschaft. An den Grundlagen des römischen *ius publicum*, dem Zusammenwirken des Götter- und des Bürgerwillens, dem Ausdruck des letzteren durch die drei berechtigten Factoren, dem Gegensatz von *magistratus* und *civis* ist es gar nicht möglich in formeller Weise zu rütteln. Diese Institutionen können mit

dem Volke absterben, nicht aber durch die spätere Gesetzgebung, deren Voraussetzung sie sind, annullirt werden; wenigstens sind, so viel wir erkennen können, entgegenstehende Theorien nie in Rom in Geltung gewesen und ist auch nie ein derartiger Versuch praktisch gemacht worden. Die gegensätzliche Vereinigung des Ewigen und des Wandelbaren in der Staatsordnung haben die Römer schärfer empfunden und formeller ausgeprägt, als irgend eine andere Nation. Zu einer genügenden Terminologie dafür haben sie es allerdings auch im Privatrecht nicht gebracht und sind über den doppelten Begriff der *lex* nicht hinausgekommen; aber auch dieser ist fähig jenem tiefen Gegensatz formalen Ausdruck zu geben.

XII.

Aegyptischer Erbschaftsprozess aus dem J. 124 v. Chr.

Von

Theodor Mommsen.

Die von den ägyptischen Papyrusblättern bisher vorliegende Kunde ist leider verschwindend gering gegenüber den in die europäischen Museen gelangten Massen, und vielleicht sind die deutschen, die Königliche Sammlung in Berlin und die des Erzherzogs Rainer in Wien in dieser Hinsicht am weitesten zurück. Insbesondere was die letztere anlangt, haben die darüber öffentlich gegebenen Mittheilungen sich überwiegend auf kurze Inhaltsangaben beschränkt, von denen wissenschaftlich nur geringer Gebrauch gemacht werden kann und die man entgegennimmt mit der nicht ganz von Bitterkeit freien Empfindung, dass alle diese Stücke vorhanden sind zunächst damit wir sie entbehren.

Wegen eines dieser Blätter (Nr. 1492 der Sammlung), dessen der verdiente Wiener Papyrusforscher Herr Wessely in den 'Mittheilungen aus der Sammlung der Papyrus Erzherzog Rainer' Bd. 4 (1888) S. 60 Erwähnung gethan hat¹⁾, wandte ich mich mit der Bitte um Mittheilung an den eben genannten Gelehrten. Es ist, so viel bis jetzt bekannt, wohl das einzige Stück, welches ausdrücklich von der 'ägyptischen Rechtssatzung' spricht, und das durch Mitteis vortreffliches Werk 'Volksrecht und Reichsrecht' angeregte Interesse für die unter römischer Herrschaft fortbestehenden älteren örtlichen Satzungen gaben dazu die nächste Veranlassung. Die zuvorkommende Gewährung meiner Bitte durch Herrn Karabaczek soll nicht mir allein Belehrung gewähren; ich bringe nach erhaltener Zustimmung der Betheiligten dieses Actenstück in die Oeffentlichkeit. Möchte diese Publication in Verbindung mit den schönen Proben, welche Mitteis aus noch nicht veröffentlichten grösseren Arbeiten Wesselys gegeben hat, endlich bewirken, dass die Mittheilung der Texte aus der Erzherzog Rainer Sammlung in rascheren Fluss komme und dass auch in unserer eigenen Sammlung das Haben zum Geben werde.

Ich gebe den Text nach Wesselys Lesung und Ergänzung, mit Ausnahme der nur dem Sinne nach von mir vorgeschlagenen von Z. 26. 27.

- 1 Ἐκ τόμου [ὑπο]μνηματισμῶν [Β]λαισίου Μα[ρ]ιανοῦ ἐπάρχου
σπείρης
- 2 [π]ρω[τ]ῆς Φλαουίας Κιλί[κ]ων [ί]ππικῆς.
Ἐξ ἀναπομπῆς Ἀτερίου
- 3 [Νέπ]ω[τ]ος τοῦ κρατίστο[υ ἡγ]ε[μ]όνος ἔτους [ὀ]γδόου αὐτο-
κράτορος
- 4 [Καίσαρο]ς [Τ]ραιανοῦ Ἀδρια[νο]ῦ Σεβ[α]στοῦ Φαρμονθι
ὀκτωκαιδεκάτῃ

Der Text ist mit Rusdinte geschrieben, Unterschrift (Z. 41 z. E. bis 44) und Ueberschrift (S. 288) mit rother Dinte, womit auch der Text corrigirt ist. — 1 *επαρχου* über der Zeile roth.

¹⁾ Weitere Mittheilungen aus diesem Papyrus und diesen selbst in deutscher Uebersetzung giebt er in den kürzlich erschienenen Studien über das Verhältniss des griechischen zum ägyptischen Recht (Bd. 124 der Wiener Sitz.-Ber.) besonders S. 22 fg.

- 5 π[αρ]ό[ν]τος Κλαυδίου Ἀ[ρτεμ]ιδώρου νομι[χ]οῦ Ἀφρο-
δεΐσιος Ἀπολλω-
6 ν[ίο]ν πρὸς Ἀμμώνιον Ἀ[π]ίωνος.
Τοῦ Ἀ[φ]ροδεΐσιου διὰ Σωτηρί-
7 χου ῥήτορος εἰπόντος [σ]υνελθόντα ἐαυτὸν ἀγράφως Σαρα-
ποῦτί
8 τι[ν]ι ἐσχηκέναι ἐξ α[ὐτ]ῆς Ὠριγένην, ὃς ἐτελεύτησεν, καὶ
9 ἄλλους τοῦ νόμου καλ[ο]ῦντος τοὺς πατέρας ἐπ[ὶ] τὰς
κληρονομίας
10 τῶν ἐξ ἀγράφων παιδῶν τὸν ἀντιδίκον θέλειν κατὰ δια-
11 θή[χ]ην κληρονόμον εἶ[ν]αι τοῦ Ὠριγένους οὐκ ἔχοντος
ἐκεί-
12 νου ἀπὸ τῶν νόμων ἐξουσίαν περιόντος πατρὸς εἰς ἄλλον
τινὰ
13 γράφειν [δια]θήκην παραξίου [πα]ρ[α]νόμο[ν] οὔσης [τ]ῆς
εἰς τὸν ἀντί-
14 δι[χ]ον δι[α]θήκης ἀντιποιεῖσθ[αι] τῶν ὑπὸ τοῦ υἱοῦ κα-
ταλειφθέν-
15 [των
καὶ τοῦ Ἀμμωνίου διὰ] Μαρκιανοῦ ῥήτορος ἀπο-
κριναμέ-
16 [ν]ον [τ]ὸ[ν] τῶν Αἰγυπτί[ω]ν νόμον διδόναι ἐξουσίαν
πᾶσι τοῖς διατι-
17 θεμένοις καταλείπειν [ο]ἷς βούλο[ν]ται τὰ ἴδια ἐαυτὸν
μέντοι ἀνε-
18 ψιὸν ὄντα τοῦ τετε[λε]υτηκότ[ο]ς καταλ[ε]λειφθαι σὶν
ἐτέρῳ
19 υἱῷ τοῦ ἀντιδίκου κλη[ρ]ονόμον καὶ τὴν δι[α]θήκην
πλήρη ἔχειν
20 τὸν τῶν μαρ[τύ]ρων ἀρι[θμ]όν.
Βλαΐσιος Μαριανός· ἀναγνωσθή-
21 τω ἡ τοῦ Ὠ[ριγέ]νους διαθήκη.
Ἀναγνωσθείσης ἐπὶ τοῦ ὀγδό-
22 ου ἔτους Ἀ[δρια]νοῦ [τ]οῦ κ[ρ]ίου Χοι[άκ] τριακάδος·
Βλαΐσιος Μαριανός

10 nach ἀγράφων ist wohl γάμων ausgefallen. — 11 κληρονομειν schwarz verbessert in κληρονομον. — 13 παράξιος, sonst nicht vorkommend, ist richtig (durch Hypostase aus παρ' ἀξίαν wider Gebühr) gebildet; ist es richtig, so fehlt danach καὶ Diels. — 22 vor Βλαΐσιος Raum.

- 23 ἑπαρχος σπ[είρης π]ρώτης Φλα[ν]ία[ς Κι]λίκων ἱππικῆς
συλλαλήσας
- 24 Ἀρτε[μι]δ[ώρῳ τ]ῷ νομ[ι]κῷ [π]ε[ρὶ το]ῦ πράγματος ὑ[π]η-
γόρευσεν ἀπὸ
- 25 [ν]όμω[ν δι]ε[γ]νῶσθαι[ι] κατὰ λέξ[ιν ο]ὔτως· ὁ τελευτήσας
ᾠρι-
- 26 [γένης ὧν ἐξ ἀγρ]άφ[ω]ν [γάμων] κ[ατὰ] νόμ[ω]ν [γράψαι]
φα[ίνετ]α[ι]
- 27 [κληρονόμον] διαθήκη[ς] ἐξουσία[ν] μὴ ἐσ[χη]κῶς τ[οῦ]
πατρ[ὸς αὐ]τοῦ
- 28 [ζ]ῶν[τ]ος
[καὶ] [τοῦ] μὲν Ἀμμωνί[ο]ν εἰπόντος ἐξ ἐν-
[γ]ράφων γά-
- 29 μων γεγο[νέ]ναι τὸν ᾠ[ρι]γένην
τοῦ δὲ Ἀφροδείσιου δια-
βεβαιω-
- 30 σαμένον ἐξ [ἀ]γράφων αὐτὸν γάμων γεγεννηῆσθαι
Βλαίσιος
- 31 Μαριανὸς [ἐπ]αρχ[ο]ς σπείρης πρώ[της] Φλανίας Κιλικίων
ἱππικῆς·
- 32 αὐτ[ὸ] τοῦ[το δ] Ἀφροδείσιος ἀποδείξει ἐν ἡμέραι[ς] ἐξη-
κοντα.
- 33 [Τ]οῦ Ἀφροδεις[ί]ο[ν] ἀξιῶσαντος ἐ[ν] το[σο]ύτῳ ἐπ'
ἀν[α]γρ[αφ]ῆς γενέσθ[αι]
- 34 τὰ ὑπὸ τοῦ αὐ[τ]οῦ ἀπολειφ[θ]έντα
Βλαίσιος Μαριανὸς ἐνέ-
- 35 τειλα Εἰ[σι]δῶρῳ ἡγεμονικῷ ὑπηρέ[τ]η ποιή[σ]ασθαι αὐτὴν
36 τὴν ἀναγρ[αφ]ῇ[ν] καὶ ἀναδοῦν[αι] ἀντίγραφα τοῖς ἐμφερο-
37 μένοις, τῆς κλειδὸς τῆς οἰκίας μενούσης παρὰ τῷ Ἀμμωνίῳ
38 [ἐνεσ]φραγ[ι]σμέν[η]ς
καὶ μετ' ὀλίγον τοῦ Ἰσιδώρου ἀπαγ-
γείλαν-
- 39 [τος γε]γονέναι [τ]ὸ κελευσθὲν Βλαίσι[ο]ς Μαριανὸς· ἐκέλευ-
- 40 [σα τήνδε τ]ὴν προ[φ]ορὰν ὑπομνηματισθῆναι.
Κλαύδιος

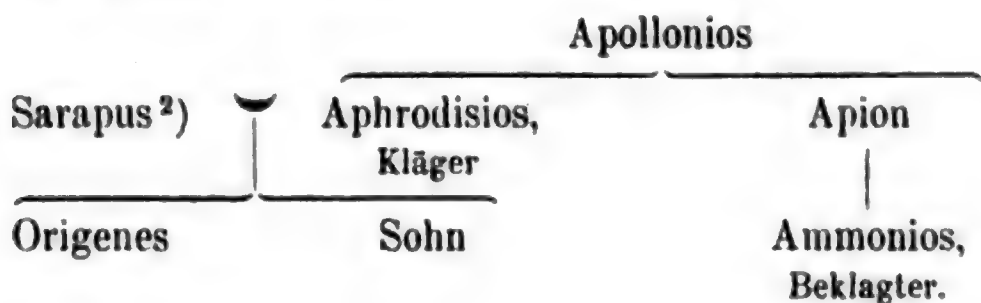
23 συλλαλήσας roth gebessert aus συνλαλήσας. — 33 τοσοῦτῳ mit Iota adscr., das sonst stets fehlt. — 36 ἀντιγραφον roth verbessert in ἀντιγραφα. — 38 [ἐνεσ]φραγ[ι]σμέν[η]ς Diels. — 39 λ in βλαίσιος schwarz corrigirt aus α.

- 41 ν βυβλιοφύλαξ ὑπάρχει ἔτους ὀγδόου
 42 [αὐτοκρά]τορος Καίσαρος Τραιανοῦ Ἀδριανοῦ
 43 [Σεβαστο]ῦ Ἐπεὶφ μιᾷ καὶ εἰκάδι

am Rand oben:

Σ / / / ντ' στρα[τ]ηγ' Ἀρσι -

Der Rechtshandel, dem dieses Actenstück angehört, betrifft die Giltigkeit des von Origenes am 30. Choiak des 8. Jahres Hadrians = 26. Dec. 123 errichteten Testaments¹⁾. Der Stammbaum des Testators scheint in folgender Weise aufgestellt werden zu können:



Allem Anschein nach hat Origenes in Arsinoe gelebt und ist hier sowohl das Testament errichtet wie auch der Prozess geführt worden; in dem Protokoll selbst zwar wird der Ort nicht bezeichnet, aber die Vormerkung nennt den Strategen von Arsinoe und aus dem Verlauf der Verhandlung erhellt, dass das dem Testator gehörige Haus am Gerichtsort selber lag. — Origenes setzte in dem formell fehlerfreien Testament seinen Bruder, der nicht genannt wird, und seinen Vetter Ammonios zu Erben ein unter Uebergabe seines noch lebenden Vaters Aphrodisios. Dieser Uebergabe wegen focht letzterer das Testament an und erhob Klage bei dem damaligen Praefecten von Aegypten Haterius Nepos³⁾. Dieser übertrug die Entscheidung dem Blaesus Marianus⁴⁾, Praefecten der *cohors I Flavia Cilicum equitata*⁵⁾; vor ihm ist, wahr-

¹⁾ Das Datum Z. 22 kann nur auf die Errichtung, nicht auf die Verlesung des Testaments bezogen werden. — ²⁾ Ein υἱὸς μὴ Σαραποῦτος in den arsinoischen Steuerprofessionen 4, 11 (Wilcken Berl. Sitz.-Ber. 1883 S. 909). Andere Aegypterinnen des Namens bei Pape. — ³⁾ T. Haterius Nepos ist auch sonst als solcher bekannt durch die Memnoninschrift vom 18. Febr. 121 (C. I. L. III, 38) und Inschriften von Foligno Orelli-Henzen 6947. — ⁴⁾ Sonst nicht bekannt. — ⁵⁾ Ein Tribun dieser Cohorte führt im J. 118 das Commando in den Gruben des mons

scheinlich, wie gesagt, in Arsinoe, der Prozess am 18. Pharmuthi des 8. Jahres Hadrians = 13. April 124 verhandelt worden. Dem Offizier assistirte dabei der Rechtsgelehrte (*νομικός*) Claudius Artemidorus (Z. 5), den er vor Abgabe der Entscheidung wegen derselben befragt (Z. 23). Die Parteien sind persönlich anwesend, verhandeln aber eine jede durch ihren Advocaten (*ῥήτωρ*): für den Kläger redet Soterichos (Z. 6), für den Beklagten Marcianus (Z. 15).

Ueber die Rechtsfrage wird nicht eigentlich gestritten. Die Behauptung des Klägers, dass das aus ungeschriebener Ehe entsprossene Kind 'den Gesetzen nach' (*ἀπὸ τῶν νόμων*) bei Lebzeiten des Vaters einen anderen Erben nicht im Testament einsetzen könne, wird von dem Beklagten, neben den offenbar nicht zum Ziel treffenden Erörterungen über sein Verwandtschaftsverhältniss zu dem Testator und über die formale Fehlerlosigkeit des Testaments, nur beantwortet mit der allgemeinen Bemerkung, dass das ägyptische Recht jedermann volle Testirfreiheit gewähre. Diese hatte der Kläger im Uebrigen nicht geleugnet, sondern nur deren Erstreckung auf die nicht in Schriftehe erzeugten Kinder bei Lebzeiten ihres Vaters bemängelt, worauf der Beklagte sich nicht weiter einlässt, offenbar weil er darauf nichts zu erwidern hatte. So fasst die Sache auch der Richter und dessen juristischer Beistand; nach Verlesung des Testaments wird der Spruch zu Gunsten des Klägers gefällt und zu Protokoll dictirt. Dabei beruhigt sich hinsichtlich der Rechtsfrage auch der Beklagte¹⁾, erhebt aber den thatsächlichen Einwand, dass die fragliche Ehe vielmehr eine Schriftehe gewesen sei. Hinsichtlich dieser Frage legt nun der Richter dem Kläger den Beweis auf, dass er seine Ehe ohne Schrift abgeschlossen habe und setzt ihm dafür eine zweimonatliche Frist.

Claudianus (C. I. Gr. 4713 f); im J. 140 hatte dieselbe ihr Standlager bei Syene (C. I. L. III, 6025); erwähnt wird sie auch, jedoch ohne nähere Angabe des Standortes, in dem kürzlich von mir herausgegebenen militärischen Papyrus vom J. 156 (Eph. epigr. 7, 456). Die Cohorte hat ihr späteres Standquartier wohl erst im J. 130 erhalten, wo Hadrian bei seiner Anwesenheit in Aegypten nachweislich Truppendislocationen vornahm, und vorher weiter nördlich gelegen.

¹⁾ Die Appellation an den Praefecten von Aegypten stand ihm frei.

Der weiteren Forderung des Klägers, dass über den Nachlass ein Inventar aufgenommen werden möge, entspricht der Richter, indem er den Officialen (*ὑπηρέτης*) des Statthalters Isidoros anweist ein solches aufzustellen und den Parteien (*τοῖς ἐμφορομένοις*, d. h. den oben genannten Personen) Abschriften auszuhändigen, während der Schlüssel versiegelt bei dem — offenbar im Besitz befindlichen — Beklagten verbleibt. Dies wird bald darauf gemeldet als geschehen.

Die Verhandlung schliesst damit, dass der Richter befiehlt sie zu protokolliren.

Abschrift aus dem Protokollband (*ἐκ τόμου ὑπομνηματισμῶν*) des genannten Cohortenpräfecten wird dann von dem *βυβλιοφύλαξ* Claudius . . . n unter dem 21. Epiph des 8. Jahres Hadrians = 15. Juli 124 ertheilt. Es kann dies der *actarius* der Cohorte sein, der mehrfach auf Inschriften genannt wird ¹⁾; da indess *βυβλιοφύλακες* in den ägyptischen Nomen vorkommen ²⁾, so ist wohl eher ein arsinoitischer Archivar gemeint, wobei dann angenommen werden muss, dass der betreffende Richter die von ihm aufgenommenen Protokolle bei der Verwaltung des *Nomos* niederzulegen hatte. Dieser Archivar hat den Text sorgfältig bis in Kleinigkeiten hinein durchcorrigirt, zum Beispiel ausser eigentlichen Schreibfehlern Z. 24 *συνλαλησας* in *συλλαλησας* verbessert, ja die Formen der Buchstaben verändert, dem *σ* eine seitliche Ausschweifung gegeben und das kleine *ο* vergrössert, ausserdem die Unterschrift hinzugefügt so wie die Adresse an den Strategen von Arsinoe, der diese Abschrift eingefordert zu haben scheint. Das seltsame *ἐπάρχει* in der Unterschrift ist wohl von dem vorhergehenden Nominativ zu trennen und irgendwie formelhaft, etwa zu fassen als 'Original im Archiv vorhanden'.

Kaum eine unter den mir bekannten ägyptischen Urkunden gewährt ein gleich lebendiges Bild der dort unter den Kaisern bestehenden Ordnungen.

Dass die alexandrinischen Behörden die Civiljurisdiction

¹⁾ Den *actarius* einer Auxiliarchorte nennt die Inschrift C. VII, 458, den einer Ala eine andere C. III, 3392. Auch der *exactus* ist wohl nicht verschieden. Cauereph. ep. 4, 429 fg. — ²⁾ Wilcken *obs. ad historiam Aegypti* p. 30. Das Wort findet sich auch in dem kleinen Berliner Papyrusfragment (Parthey mem. dell'Inst. 2 p. 448): . . . ἡσίων βιβλιοφύλαξιν . . .

für ganz Aegypten ausübten, bestätigt sich hier wiederum. Wenn nach Strabon der *iuridicus* von Alexandrien *πολλῶν κρίσεων κύριος* ist ¹⁾, so wird in diesem zwischen zwei Peregrinen schwebenden Erbschaftsstreit der Präfect selbst angerufen. Ob daraus auf die Competenztheilung zwischen diesen Oberbeamten ein Schluss gezogen werden darf, steht dahin ²⁾. Das Verfahren ist rein magistratisch. Der eigentlich römische Prozess hat allerdings auf Peregrinen nur vermittelt der Fiction der Civität Anwendung finden können ³⁾ und es ist fraglich, ob diese Fiction anders Anwendung fand, als wenn wenigstens eine der Parteien das Bürgerrecht besass ⁴⁾. Die Geschworneninstitution indess greift weiter; sie ist in Sicilien ⁵⁾

¹⁾ Strabon 17, 1, 12 p. 727. In einem alexandrinischen Papyrus aus Pius Zeit (angeführt von Wilcken *obs. ad hist. Aeg. p. 8*) finden sich die Worte: αὐτοὺς ἐπ' Ἀλεξάνδρειαν γενομένους ἐπιδεδωκέναι ἀναγ(όριον) [τῷ δικαί]οδότη. — ²⁾ Dass der Prozess wegen des Status römischer Bürger vom Statthalter selbst entschieden werden muss (*cod. Iust.* 3, 3, 2), kann für die Competenz der beiden ägyptischen Oberbeamten nicht in Betracht kommen. — ³⁾ Gaius 4, 37. Diese Fiction erwähnt auch Cicero in den Verrinen l. 2, 12, 31, wo er unter anderen Beispielen widersinniger Klagformeln dem Verrès vorrückt *iudicia huiusmodi: qui cives Romani erant, si Siculi essent, tum si eorum legibus dari oporteret; qui Siculi, si cives Romani essent*. Die Ueberlieferung schwankt nur insofern, als (abgesehen von dem in den guten Handschriften überlieferten *dare* statt *dari*) in den Terenzscholien zu Phorm. 2, 1, 36, wo die Stelle übrigens aufs ärgste missverstanden ist, für das zweite *si* fehlerhaft *Siculos* geschrieben ist, was man verkehrter Weise in die Ausgaben aufgenommen hat unter Steigerung des Fehlers durch Aenderung von *tum* in *cum*. Für Juristen bedarf das überlieferte ihnen wohlbekannte (vgl. Gai. 4, 34) *tum si* keiner Rettung. Aber die Stelle ist anderweitig anstössig, sowohl sachlich wie sprachlich. Sachlich kann wohl die unerhörte Fiction der Peregrinität bei einem römischen Bürger als pervers bezeichnet werden, aber nicht in dieser Allgemeinheit die durch Gaius beglaubigte umgekehrte. Sprachlich ist die Ellipse unerträglich; hätte Cicero auch die umgekehrte Fiction tadeln wollen, so musste das zweite Glied lauten: *e contrario, qui Siculi, si cives Romani essent, tum si Romanis legibus dari oporteret*. Ohne Zweifel sind die Worte *qui Siculi si cives Romani essent* interpolirt von einem Späteren, der mit den genannten Fictionen nicht Bescheid wusste und die Stelle in etwas minder gröblicher Weise missverstand als der Verfasser der Terenzscholien. — ⁴⁾ Wenigstens legt die Fassung bei Gaius diese Einschränkung nahe. — ⁵⁾ Am deutlichsten tritt dies hervor bei Cicero in Verr. l. 2, 13.

wie in Kleinasien¹⁾ bei den vor die römischen Beamten gebrachten Prozessen in derselben Allgemeingültigkeit zur Anwendung gekommen wie in Rom und die Entscheidung durch den Magistrat allein dort wie hier exceptionell²⁾. Aber ob dies auch auf Aegypten Anwendung leidet, ist mindestens zweifelhaft. Auf jeden Fall lehrt unsere Urkunde, dass zu einer Zeit, wo im römischen Civilprozess die alte Ordnung noch wesentlich fortbestand, daselbst die zwischen Peregrinen Recht sprechenden römischen Beamten das rein magistratische Verfahren, nach römischer Terminologie das Verfahren *extra ordinem* zur Anwendung brachten. Indess stand dem Statthalter das Recht zu sich hiebei nach Ermessen der Delegation zu bedienen³⁾, und dies ist auch in dem vorliegenden Fall geschehen: diese Delegation ist die *ἀναπομπή*⁴⁾, kraft deren der Cohortenpräfect in der Sache spricht (Z. 2). Wen der competente Magistrat in dieser Weise committiren will, steht natürlich in seinem Belieben; es finden sich dergleichen Delegationen an städtische Beamte⁵⁾;

¹⁾ In einem von dem Statthalter von Asia instruirten Privatprozess zwischen zwei Peregrinern entscheiden Recuperatoren (Cicero pro Flacco 20. 21). — ²⁾ Cicero Verr. I. 2, 11, 30 (vgl. c. 8, 22. 9, 25. 10, 26 und sonst) unterscheidet die *causae*, die der Statthalter mit seinem Consilium zu entscheiden sich vorbehalten hat, von den dem Geschwornenverfahren unterliegenden. Zu jenen scheinen die Forderungen des erycinischen Tempels gehört zu haben. — ³⁾ Auf dieses Recht und auf die principielle Verschiedenheit eines solchen *iudex datus a magistratu* von dem Geschwornen habe ich im Staatsrecht 2³, 984 hingewiesen. — ⁴⁾ Die Verweisung eines Prozesses, für den die niedere Behörde nicht competent ist, an die beikommende höhere Instanz wird mit diesem Worte bezeichnet (Lucian *eunuch.* 12; Dio 52, 22. 33); für die Delegation finde ich dasselbe sonst nicht. — ⁵⁾ *Cod. Iust.* 7, 64, 4: *Cum magistratus datos iudices et unum ex his pronuntiasset proponas, non videtur appellandi necessitas fuisse, cum sententia iure non teneat.* Paulus Dig. 48, 19, 38, 10: *Iudices pedanei si pecunia corrupti dicantur, plerumque a praeside aut curia summoventur aut in exilium mittuntur aut ad tempus relegantur.* Eine merkwürdige Anwendung davon findet sich in den griechisch-lateinischen Schuldialogen bei Haupt *opusc.* 2, 513: *κρεττόριον πρὸς τίνα; πρὸς τὸν ταμίαν; — οὐκ ἔχει. — ἀλλὰ ποῦ; πρὸς τὸν ἀνθύπατον; — οὐδὲ ἔχει. — ἀλλὰ ποῦ; — πρὸς τοὺς ἄρχοντας ἐξ ἐπογραφῆς τοῦ διέποντος τὴν ἐπαρχίαν.* Die Schuldklage (*πρῶγμα χρημάτων*) gehört also in der Provinz Asia — an diese scheint gedacht — zunächst vor den Quästor oder den Proconsul, kann aber durch Delegation des Statthalters auch vor die städtischen Magistrate kommen.

neu aber ist es, dass in der bessern Kaiserzeit in den Provinzen dazu die dort stehenden commandirenden Offiziere vorzugsweise verwendet wurden. Denn dass der in dieser Sache von dem Cohortenpräfecten gefällte Spruch nicht vereinzelt stand, vielmehr eben diese Delegation eine factisch ständige war, geht deutlich daraus hervor, dass demselben, wie dem Statthalter selbst, ein rechtskundiger Assessor zur Seite steht¹⁾ und dass für seine Entscheidungen ein Protokollbuch bestand, aus dem Actenauszüge an die Localbehörden verabfolgt wurden. Es ist auch in der Ordnung, dass die praktische Durchführung der römischen Rechtsordnungen in den Provinzen wie durch die Obercommandanten der Statthalterschaften, so weiter durch das ihnen unterstellte Offiziercorps realisirt wurde. In welcher Ausdehnung diese delegirte Rechtsprechung in der vordio- cletianischen Epoche zur Anwendung gekommen ist, lehrt die mehrfach wiederholte Bemerkung, dass, wenn ein kaiserliches Rescript dem Statthalter eine prozessualische Anweisung ertheile, dadurch die Delegation nicht ausgeschlossen sei²⁾, und weiter, dass Diocletian dieselbe auf den Nothfall einschränkte³⁾, was ohne Zweifel zusammenhängt mit der von ihm angeordneten Verkleinerung der Statthalterschaften.

Da das damalige Standquartier der ersten kilikischen Cohorte nicht bekannt ist, muss die Frage unentschieden bleiben, ob der Praefect derselben nur in seinem Hauptquartier Recht gesprochen hat oder ob er, ähnlich wie der Statthalter, im Turnus verschiedene Orte deswegen besuchte. Dass auch ihm ein *iuris peritus* offenbar ständig assistirte, ist schon hervor-

¹⁾ Josephus *contra Ap.* 2, 18: οἱ τὰς μεγίστας καὶ κυριωτάτας . . ἀρχὰς διοικοῦντες ὁμολογοῦσι τὴν ἀγνοίαν (der Gesetze). Ἐπιστάτας γὰρ παρακαθίστανται τῆς τῶν πραγμάτων οἰκονομίας τοὺς ἐμπειρίαν ἔχειν τῶν νόμων ὑπισχνομένους. Vgl. Staatsrecht 2, 245; Mitteis a. a. O. S. 191. — ²⁾ Dig. 1, 18, 8. 9. — ³⁾ Diocletian *Cod.* 3, 3, 2: *placet nobis praesides de his causis, in quibus, quod ipsi non possent cognoscere, antehac pedaneos iudices dabant, notionis suae examen adhibere, ita tamen, ut, si vel per occupationes publicas vel propter causarum multitudinem omnia huiusmodi negotia non potuerint cognoscere, iudices (besser iudicis) dandi habeant potestatem.* Es wird hinzugefügt, dass auf jeden Fall der Prozess wegen des Status wie bisher vom Statthalter selbst entschieden werden musste. Richtig fasst diese Verordnung Pernice Festschrift für Beseler S. 77.

gehoben worden. Auch die Advocatur, die Zuziehung des hier noch, der älteren lateinischen Benennung gemäss¹⁾, *ῥήτωρ* genannten Sachwalters, ist offenbar in Arsinoe voll entwickelt gewesen²⁾.

Dass das Testament, um welches gestritten wird, griechisch geschrieben war, zeigt die daraus mitgetheilte Datirung und es versteht sich insofern von selbst, als der Testator peregrinischen Rechts war. Bemerkenswerth aber ist es immer, dass die Prozessverhandlungen darüber griechisch geführt werden und das Protokoll ebenfalls griechisch abgefasst ist³⁾.

Wenden wir uns von dem Prozess zu den in unserer Urkunde erhaltenen Rechtsbestimmungen, so ersehen wir aus ihr, dass nach damaliger Ordnung für das peregrinische Testament eine bestimmte Zahl von Zeugen gefordert wurde (Z. 19). Dies ist schwerlich auf römische Ordnung zurückzuführen; ob aber die bei anderen ägyptischen Urkunden vorkommenden sechs Zeugen⁴⁾ auch auf das Testament zu beziehen sind, lässt sich nicht entscheiden.

Dass für die Ehe in Aegypten ein Unterschied gemacht wurde zwischen der schriftlich abgeschlossenen und der ohne

¹⁾ Vgl. Tacitus *dial.* 1: *horum temporum disertis causidici et advocati et patroni et quidvis potius quam oratores vocantur*. Auf den lateinischen Inschriften kommen in der That nur die neueren Bezeichnungen vor, *orator* allein in der hellenisirenden von Caesarea in Palästina (Zange-meister Ztschr. des Palästina-Vereins 1890 S. 15): *M. Fl. Agrippam* (wahrscheinlich der Sohn des Geschichtschreibers Josephus) *pontif. II viral. col. T. Fl. Aug. Caesareae oratorem ex dec. dec. pec. publ.*, wo vermuthlich *ῥήτορα* übersetzt ist. — ²⁾ Ganz so wie hier spricht Dio in der Schilderung des Convents von Apameia in Phrygien (*or.* 35 Vorl. 2 p. 69 R.) von dem *πλῆθος ἀνθρώπων ἀπειρον δικάζομένων, δικάζόντων, ῥητόρων*. Natürlich sprachen dieselben nicht allein vor Gericht. Nach den arsinoitischen Tempelrechnungen (7, 20) vom J. 215 wird einem *ῥήτωρ* für die bei dem Empfang des Praefecten von Aegypten gehaltene Rede ein Honorar von 60 Drachmen gezahlt (Wilcken Hermes 20, 469). In den griechischen Inschriften bezeichnet *ῥήτωρ* durchgängig nicht den Stand des Advocaten, sondern den *dicendi peritus*, wie zum Beispiel eine von Thyateira (C. I. G. 3504) einen Asiarchen feiert *τὸν ῥήτορα καὶ νομικόν*, gleichsam den *magister artium* und *doctor iuris*. Eingehend und einsichtig handelt darüber Mitteis Reichsrecht und Volksrecht S. 189 fg. — ³⁾ Vgl. die Zusammenstellung über den Gebrauch der griechischen Sprache nach der Verallgemeinerung des römischen Bürgerrechts bei Mitteis Reichsrecht und Volksrecht S. 186. — ⁴⁾ Mitteis a. a. O. S. 58.

Schrift eingegangenen, ist auch anderweitig bezeugt und kürzlich von Mitteis¹⁾ in so eingehender und befriedigender Weise erörtert worden, dass im Wesentlichen es genügt hier darauf zu verweisen. Indess besteht doch zwischen den dort erörterten Zeugnissen und unserem Document insofern ein gewisser Unterschied, als die schriftlose Ehe in diesem keineswegs als nichtig behandelt wird; Origenes ist auch der die Schriftlichkeit der Ehe bestreitenden Partei nicht *ἀπάτωρ*, und nicht um die Vaterschaft des Aphrodisios wird gestritten, sondern darüber, ob die an die Schriftehe geknüpft besondere Rechtsstellung der Kinder dem Origenes zukommt oder nicht. Dies wird wohl der strengen Rechtsauffassung entsprechen und die Beschränkung der rechtlich gültigen ägyptischen Ehe auf die mit Schrift abgeschlossene nicht aufrecht erhalten werden können. Allerdings ist, wenigstens in früherer Zeit, die Vaterschaft in Aegypten weit ausgedehnt und selbst auf das mit einer unfreien Frau erzeugte Kind erstreckt worden²⁾; vielleicht ist also die rechtliche Vaterlosigkeit nur da angenommen worden, wo thatsächlich die Paternität zweifelhaft war, und sind also Concubinatus und schriftlose Ehe nach ägyptischem Recht zusammengefallen.

Bei weitem am merkwürdigsten aber ist die Bestimmung über das Testirrecht des Kindes bei Lebzeiten des Vaters. Das römische Civilrecht kennt in dieser Hinsicht keine andere Beschränkung als die daraus resultirende, dass kein Hauskind zu testiren befugt ist; da die väterliche Gewalt nicht anders gelöst werden kann als mit dem Willen des Vaters, ist insoweit indirect das Testirrecht des Sohnes an die Einwilligung des Vaters geknüpft. Wo die väterliche Gewalt nicht oder doch nicht in gleichem Umfang bestand, was ohne Zweifel von Aegypten gilt, musste die Frage aufgeworfen werden, in wie weit das Kind bei Lebzeiten des Vaters zu testiren befugt sei. Wir erfahren hier, dass das ägyptische Gesetz nur dem in Schriftehe erzeugten Kinde das volle Testirrecht gewährte³⁾. Es ist auffallend, dass bei mangelhafter Paternität dem Vater

¹⁾ A. a. O. S. 226 fg. — ²⁾ Diodor 1, 80: νόμον οὐδένα τῶν γεννηθέντων νομίζουσιν οὐδ' ἂν ἐξ ἀργυρωνήτου μητρὸς γεννηθῇ· καθόλου γὰρ ὑπελήφασιν τὸν πατέρα μόνον αἰτιὸν εἶναι τῆς γενέσεως. — ³⁾ Dem Wortlaut nach (Z. 12) konnte freilich auch das nicht in Schriftehe erzeugte Kind

weiter gehende Rechte eingeräumt werden als bei vollgültiger. Aber es mögen, besonders mit Rücksicht auf das mütterliche Vermögen, dem in vollgültiger Ehe erzeugten Kind ökonomische Privilegien zugekommen und nur bei ihm vollgültige Beerbung statuirt worden sein, während das im Concubinat erzeugte vielleicht dem Vater gegenüber als gewissermassen unfrei behandelt und bei ihm nur eine dem Peculienrückfall analoge Quasi-Succession zugelassen worden ist. Dass diese Ordnung in die vorrömische Zeit zurückreicht, ist in jeder Weise wahrscheinlich; sie hat dann fortbestanden unter römischer Herrschaft, die ja selbst die Geschwisterehe und ähnliches in Aegypten duldete. Ob dieses ägyptische Localrecht in römischer Zeit irgendwie, etwa durch eine den Provinzialedicten analoge Rechtssatzung, codificirt worden ist, steht dahin; unsere Urkunde fordert weder eine solche noch schliesst sie dieselbe aus.

Auf die ägyptische Ordnung der Intestaterbfolge lässt unsere Urkunde nur insoweit sich ein, dass dem in nicht vollgültiger Ehe erzeugten Erblasser der Vater mit Ausschluss der Geschwister succedirt. Dass auch bei einer in vollgültiger Ehe erzeugten Person dasselbe gilt, der Vater schlechthin einziger Intestaterbe des kinderlos verstorbenen Sohnes ist, kann daraus keineswegs mit Sicherheit gefolgert werden, zumal da das Erbrecht des Vaters auch nur neben den Geschwistern dem griechischen Recht wahrscheinlich fremd war. Die personale Zurücksetzung der ersteren Kategorie ist unbestreitbar und es darf daher aus ihrer Rechtsstellung auf die der vollberechtigten Personen kein Schluss gezogen werden.

ein Testament machen, aber nur zu Gunsten des Vaters; indess ist dies wohl bloss ungenaue Ausdrucksweise und nicht mit Gai. 3, 72 zusammenzustellen.

XIII.

Fiducia cum amico und depositum.

Von

Herrn Dr. **Th. Niemeyer,**

Privatdocenten in Halle a/S.

Seit der Auffindung des Veroneser Palimpsestes ist die Meinung aufgekommen, zwischen fiducia cum amico einerseits und depositum andererseits (manchmal wird auch commodatum hinzugezogen) sei eine mehr oder weniger enge Entwicklungsbeziehung vorhanden. Diese Beziehung wird entweder so ausgedrückt „die Function des depositum sei in älterer Zeit durch die fiducia wahrgenommen“, „der Zweck des jüngeren Realcontractes früher durch sie erfüllt“, „depositum und commodatum seien einstmals in der Form der fiducia abgeschlossen“ ¹⁾ oder man behauptet weitergehend ²⁾, depositum und commodatum seien aus dem contractus fiduciae „ausgeschieden“, „an dessen Stelle getreten“. Zu besonderer Schärfe ist diese Anschauung entwickelt in der neuesten Monographie über die

¹⁾ Vgl. z. B. Puchta, Institutionen § 272; C. Sell in seinen Jahrb. Bd. 2 S. 32 ff.; Walter, Rechtsgeschichte § 603; Keller, Ztschr. f. geschichtl. R.-W. Bd. 12 S. 412, Pandekten § 311 Anm. 4; Rein, Privatrecht d. R. S. 246; Voigt, XII Tafeln, Bd. II S. 178; Pernice, Labeo I, S. 433 („fiducia depositi causa contracta“) II, S. 194: „Fiduciadepositum“, Zeitschr. d. Savigny-Stiftung Bd. 9 S. 227: depositum und commodatum „in der Form der f. abgeschlossen“; Scheurl, Inst. § 131; Arnold, Kultur und Recht d. R. S. 212; Kuntze, Kursus § 551; Hölder, Inst. § 72; Sohm, Inst. § 11, § 65; Schulin, Gesch. des röm. R. S. 366, S. 412 „fiducia cum amico depositi causa contracta.“ — ²⁾ Vgl. z. B. Ubbelohde, Gesch. der ben. Realcontracte S. 56 ff., S. 63; Rudorff, Ztschr. f. Rechtsgesch. Bd. 11 S. 63—64; Dernburg, Pfandrecht I S. 10; Arnold a. a. O., S. 270; Dankwardt, Nationalökonomie und Jurisprudenz H. 3 S. 63; Sohm, Inst. 3. Aufl. S. 272; Wlassak, z. Gesch. d. negotiorum gestio S. 166 Anm. 20: „dep. u. comm. sind vom Praetor aus d. f. ausgeschieden und als selbständige, formlose Realcontracte anerkannt worden. Dies war die Geburtsstunde der beiden Institute.“ Vgl. auch Bruckner i. d. krit. V.-J.-Sch. XXXIV S. 63.

fiducia von Oertmann (die fiducia im römischen Privatrecht, Berlin 1890), wo sich die Sätze finden: „Die actiones depositi und commodati sind unzweifelhaft Sprösslinge der actio fiduciae“ (S. 61), „finden in ihr eine gemeinsame Stammutter“ (S. 137), „sind aus ihr abgeleitet“ (S. 225). Diese Auffassungen sind, wie gesagt, erst seit Kenntniss dessen entstanden, was Gajus (II 60) über die fiducia cum amico contracta sagt, und der Ausdruck f. cum amico spielt dabei unverkennbar eine Rolle. Man fasst diesen Ausdruck als technischen, bildet daraus „Freundes-“ oder „Freundschafts-Fiducia“ und stellt unwillkürlich eine Beziehung her zu den Freundschaftscontracten des späteren Rechtes. Die — angeblichen oder wirklichen — Interpolationen¹⁾ von depositum commodatumve u. s. w. für fiducia geben der so entstandenen Vorstellung scheinbar eine Stütze.

Es soll die Aufgabe der folgenden Bemerkungen sein, nachzuweisen, dass diese Anschauungen bezüglich des depositum unrichtig sind und dass die actio depositi aus der Deliktsklage der XII Tafeln für den Fall des depositum miserabile hervorgegangen ist.

I.

Die Function des depositum ist niemals durch fiducia wahrgenommen.

a.

Von Heck ist neuerdings (Bd. X dieser Zeitschrift) die Ansicht entwickelt, die fiducia cum amico sei ein Anwendungsfall der Pfandfiducia, ihre Eigenthümlichkeit bestehe nur darin, dass nicht dem Gläubiger, sondern einem Dritten („Pfandhalter“ würden wir sagen) fiduciirt werde. Da im Falle der Richtigkeit dieser Ansicht der negative Nachweis, welchen die Ueberschrift ankündigt, nicht mehr nöthig sein würde, muss ich mich mit der Heck'schen Behauptung auseinandersetzen. Dabei beschränke ich mich auf dasjenige, was durch jene Erwägung unmittelbar geboten ist.

¹⁾ S. Pernice in dieser Ztschr. Bd. 9 S. 227 Anm. 6, Heck daselbst Bd. 10 S. 121.

Wenn man heute über die Bedeutung der fiducia cum amico streitet, so muss man sich zunächst darüber verständigen, ob man den Sinn feststellen will, welchen Gajus (II 60) mit dem Ausdruck verbindet, oder ob man, unabhängig hiervon, wie es jetzt meist geschieht, in jenem Ausdruck alle Fälle der fiducia zusammenfassen will, welche nicht fiducia cum creditore sind. Stellt man sich auf den ersteren Standpunkt, so ist von vornherein klar, dass eine Reihe von Fällen, die man nach dem letzteren Sprachgebrauch zur fiducia cum amico zu rechnen pflegt, nicht dahin gehören. Es gehört dann sicher nicht dazu die angebliche fiducia zum Zweck der Leihe. Denn es ist klar, dass auf diesen Fall die Gajanische Erklärung nicht passt: „quod tutius nostrae res apud eum essent“ (nach Huschke und Studemund: „quo . . . sint“). Es gehören dann ferner nicht dazu die — wirklichen oder angeblichen — Fälle der Fiduciirung eines Sklaven zum Zwecke der Manumission, zur Abverdienung, zur Folterung. Kurz, der Gajanische Sinn des Ausdruckes ist zweifellos enger als die Bedeutung, welche der herrschende Sprachgebrauch ihm giebt. Nun ist es ja selbstverständlich von grösstem Interesse, festzustellen, was Gajus unter seiner fiducia cum amico versteht. Aber damit ist eben keineswegs das ganze mögliche Anwendungsgebiet der fiducia ausserhalb des Pfandzweckes erschöpft. Und da es wichtiger ist, zu wissen, welchen Aufgaben die fiducia überhaupt gedient hat, da ferner der Ausdruck fiducia cum amico contracta nur jenes einzige Mal vorkommt und es nicht ausgemacht, vielmehr recht zweifelhaft ist, ob Gajus ihn technisch gebraucht, da endlich der Ausdruck wegen des gekennzeichneten Doppelsinnes nur geeignet ist, Forschung und Verständigung zu erschweren, so thut man besser, ihn bei Seite zu lassen.

Vermeidet man aus diesen Gründen den Ausdruck, so ergeben sich als die Angelpunkte der Untersuchung folgende Fragen:

- 1) Wurde der Pfandzweck auch durch Fiduciirung an einen Dritten erreicht?
- 2) Wurde die fiducia auch zu anderen als Pfandzwecken verwendet?

Heck bejaht die erste und verneint die zweite Frage. Ich

glaube, dass die erste zu verneinen und die zweite zu bejahen ist.

Zu 1) ist zu behaupten, dass positive Zeugnisse für die entgegengesetzte Annahme nicht vorhanden sind und dass nach allem, was wir von der Struktur der fiducia wissen, dieselbe ungeeignet war, in der fraglichen Gestalt dem Pfandzwecke im eigentlichen Sinn zu dienen.

Heck stützt sich a) auf Gajus II 60, b) auf l. 34 und 39 D. 13, 7, c) auf die spanische Fiduciartafel. Indessen dienen b) und c) ihm nur adminikulirend. Seine massgebende Stütze ist die Gajusstelle, welche hier nach dem Studemund'schen apographum Platz finden möge:

„Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico quod tutius nostra res apud eum essent: si quidem cum amico contracta sit fiducia sane omni modo competit usus receptio si vero cum creditore soluta quidem pecunia omni modo competit nondum vero soluta ita demum competit si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogaverit; ut eam rem possidere liceret; quo casu lucrativa usus capio competit“.

Huschke und Studemund haben die unzweifelhaft handschriftliche Lesart quod . . . essent verändert in quo . . . sint, was ich mit Heck für ungerechtfertigt halte. „Weil die Sache beim Freunde in besserer Sicherheit wäre“ oder „in der Voraussicht, dass die Sache wohl beim Freunde in grösserer Sicherheit sein möchte“, — dieser Gedanke giebt einen guten Sinn und ist auch ganz gut ausgedrückt durch das quod — essent. Die Umprägung zur reinen Finalform verändert den sachlichen Inhalt nicht wesentlich, giebt ihm nur einen anderen, aber keineswegs einen logischeren Ausdruck. Denn wenn das „tutius esse apud eum“ als Motiv für die in der Wirkung ja viel weiter reichende, weil eigenthumsübertragende Mancipation bezeichnet wird, so ist dies mindestens ebenso correct, wie wenn der Theil der Wirkung, derentwegen die Partei sich entschliesst, die ganze Wirkung herbeizuführen, als charakteristischer Geschäftsinhalt angegeben wird. Das erstere liegt in der Form: „quod tutius essent“, das letztere in dem „quo tutius sint“. Jedenfalls

aber ist kein Grund vorhanden, die handschriftlich überlieferte Fassung zu verwerfen.

Heck meint, dieser Wortlaut vertrage sich nicht mit der herrschenden Meinung, wonach es sich um fiducia zum Zweck des depositum handle, sondern führe auf die von ihm vertretene Auffassung. Auch ich glaube nicht, dass die von Heck verworfene Auffassung der Stelle richtig ist. Aber den von Heck angeführten Grund halte ich nicht für stichhaltig. H. meint, wenn die beiden Arten der fiducia durch ihren Zweck unterschieden seien, so müsse dieses ausschlaggebende Moment in der Darstellung des Gajus hervortreten, und dies sei nicht der Fall. Die Gegenüberstellung creditor — amicus drücke die Zweckverschiedenheit so wenig aus, wie die Antithese pignoris iure — quod tutius essent. Anstatt „pignoris iure“ müsse es heißen „pignoris causa“, wenn der Zweck bezeichnet werden solle, und anstatt quod essent hätte in diesem Fall mindestens viel näher gelegen quo sint. — Aber die Worte „quod . . . essent“ weisen in der Form der Motivierung ja thatsächlich auf den Zweck hin, und indem die Worte „pignoris iure“ in Gegensatz hierzu gestellt werden, erhalten sie eine Beleuchtung, welche trotz der nicht ganz scharfen Form den entsprechenden Sinn ausser Zweifel stellt. Pignoris iure ist ja in keinem Falle wörtlich zu nehmen. Denn dass auch bei der fiducia cum creditore „ius pignoris“ nur vergleichsweise herangezogen werden kann, ist klar. Nicht die juristische Structur kann das tertium comparationis sein, auch nicht etwa der Besitz des Gläubigers, welcher für die fiducia nichts wesentliches war. Es bleibt also schlechterdings nur der Zweck übrig¹⁾. Uebrigens ist die H.'sche Argumentation e contrario: „weil der Zweck nicht als Unterscheidungsmerkmal genannt ist, so ist anzunehmen, dass der Zweck bei beiden Arten gleich war“ in jedem Falle ein Fehlschluss, der auf der petitio principii beruht, dass die Fiduciarung grundsätzlich nur einem Zweck gedient habe, während zu behaupten ist, dass die Vielheit der möglichen Zwecke der Form der fiducia immanent war.

Ein ferneres Argument gegen Heck hat Oertmann (a. a. O.

¹⁾ Vgl. Geib in dieser Zeitschr. Bd. 8 S. 114 ff.

S. 150—51) bereits angedeutet. Es betrifft die von Gajus geschilderte Verschiedenheit der *usureceptio* bei beiden Arten der *fiducia*. Heck erklärt dieselbe damit, dass „im Grunde“ die Sicherheit nur dem *amicus* gestellt sei (S. 87) und der Gläubiger nur durch die persönliche Haftung des *amicus* gesichert sei (S. 86). Nur der Letztere, nicht der Gläubiger könne durch die *usureceptio* verlieren. Ich bin ganz dieser Meinung, aus später anzuführenden Gründen. Aber diese Meinung führt dazu, das ganze angebliche „Pfandgeschäft mit Salmann“ im Heck'schen Sinn als eine Unmöglichkeit zu erkennen. Denn was ist das für eine Pfandsicherheit, die „im Grunde“ nur einem Dritten dient, an welcher der Gläubiger „nichts verliert“? Wenn nicht die Sache, sondern der *amicus* verhaftet d. h. nicht dingliche, sondern persönliche Sicherheit vorhanden ist, so ist der sogenannte Salmann nicht Pfandhalter, sondern Bürge. Hierauf ist unten noch zurückzukommen. Jedoch auch abgesehen von solchen Consequenzen ist die H.'sche Erklärung unzureichend. Denn wenn nicht der Gläubiger durch die „*pecuniā nondum solutā*“ erfolgende *usureceptio* benachtheiligt wird, so doch der *amicus*. Der Schuldner *lucrit* in dem einen Falle so unberechtigt, wie in dem anderen; und eine Begünstigung der *usureceptio* dem *amicus* gegenüber entbehrt bei der H.'schen Auffassung jedes Motives. Dagegen erscheint eine solche Begünstigung ganz am Platze, wenn man die *fiducia cum amico* als ein lediglich dem Interesse des Fiducianten dienendes Geschäft auffasst, mag man es als Form des *depositum* oder mit uns als Mittel zur Begründung eines rechtlichen Schutzverhältnisses, eines dinglichen *Patronatus*, auffassen¹⁾. Wenn Heck einwendet, dass ja zu der Freundschafts*fiducia* auch Geschäfte gerechnet würden, bei denen ein Interesse des Empfängers vorliege z. B. *Kommodats-* und *Manumissionsfiducia*, so beruht dies auf der Eingangs gerügten Verwechslung von dem was Gajus und dem was die Neueren unter *f. cum amico* verstehen. Es liegt ausserhalb der Aufgabe, näher auf die *usureceptio* einzugehen. Darum habe ich die Meinung nicht weiter angefochten, dass

¹⁾ Vgl. jetzt auch Ihering, *Besitzwille* S. 409 Note 3, der von Oertmann (S. 145) allerdings völlig falsch verstanden ist.

die von Gajus geschilderte Verschiedenheit der usureceptio je nach der Art der fiducia als Begünstigung der usureceptio bei der fiducia cum amico aufzufassen sei. Um etwaigen Einwänden in dieser Hinsicht zu begegnen, will ich aber bemerken, dass ich jene Meinung allerdings für unrichtig halte und mit Huschke¹⁾ (freilich im Einzelnen abweichend) annehme, dass es sich um den Grundsatz handelt: *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*, und dass derselbe nur darum bei der usureceptio der fiducia cum amico nicht hindernd in Betracht kommt, weil *locatio* und *precarius* (die einzigen Geschäfte, welche überhaupt vorkommen können) hier „völlig sinnlos“ wären, wie Scheurl²⁾ bereits bemerkt hat. Diese Deutung passt jedenfalls vortrefflich zu unserer Auffassung der fiducia cum amico, während Heck's Auffassung des Institutes, soviel ich sehe, keinerlei befriedigende Erklärung zulässt.

Nach allem erscheint Heck's Auffassung der Gajusstelle mindestens höchst zweifelhaft. Keinesfalls liefert die Stelle Beweis für Heck's Theorie des „Pfandgeschäftes mit Salmann“, und da er selbst den zu b) und c) genannten Stützen keine entscheidende Bedeutung beimisst, so kann sogleich zur Prüfung der inneren Wahrscheinlichkeit der H.'schen Hypothese übergegangen werden.

Zur Veranschaulichung mögen jedoch die beiden Stellen hier Platz finden, in denen nach Heck's Meinung *pignus* für fiducia cum amico interpolirt ist.

1) L. 34 D. 13, 7: *Marcellus libro singulari responsorum:*

Titius cum credidisset pecuniam Sempronio et ob eam pignus accepisset futurumque esset, ut distraheret eam creditor quia pecunia non solveretur petit a creditore, ut fundum certo pretio emptum haberet et cum impetrasset, epistulam qua se vendidisse fundum creditori significaret, emisit: quaero, an hanc venditionem debitor revocare possit offerendo sortem et usuras quae debentur. Marcellus respondit secundum ea quae proposita essent, revocare non posse.

2) L. 39 eod.: *Modestinus libro quarto responsorum:*

Gaius Seius ob pecuniam mutuam fundum suum Lucio

¹⁾ Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. 14 S. 254 ff.; vgl. auch Bechmann, Kauf Bd. 1 S. 288. — ²⁾ Beiträge XV S. 43.

Titio pignori dedit: postea pactum inter eos factum est, ut creditor pignus suum in compensationem pecuniae suae certo tempore possideret: verum ante expletum tempus creditor cum suprema sua ordinaret, testamento cavit, ut alter ex filiis suis haberet eum fundum et addidit „quem de Lucio Titio emi“, cum non emisset: hoc testamentum inter ceteros signavit et Gaius Seius, qui fuit debitor. quaero, an ex hoc quod signavit praeciudicium aliquod sibi fecerit, cum nullum instrumentum venditionis proferatur, sed solum pactum, ut creditor certi temporis fructus caperet. Herennius Modestinus respondit contractui pignoris non obesse, quod debitor testamentum creditoris, in quo se emisse pignus expressit, signasse proponitur.

Heck nimmt an, dass die erste Stelle ursprünglich „etwa“ gelautet habe: „Titius cum ob eam pecuniam, quam Sempronius credidit, fiduciam accepisset, futurumque esset ut eam distraheret creditor etc.“ In der zweiten Stelle will er hinter dem ersten Lucio Titio einschalten: amico, und anstatt pignus lesen: fiducia. Den Thatbestand bestimmt er dementsprechend:

1) Ein unbenannter Schuldner des Sempronius hat zu dessen Sicherheit dem Titius ein Grundstück cum pacto fiduciae mancipirt. Die Schuld ist fällig. Sempronius ist in Begriff, das Grundstück zu verkaufen. Titius aber bittet ihn, „ut fundum certo pretio emptum haberet“. Sempronius erklärt sich einverstanden und erhält von Titius die Bescheinigung, dass das Grundstück ihm verkauft sei. Marcellus erklärt die Abmachung auch gegenüber dem Schuldner für wirksam.

2) Gaius Sejus mancipirt cum pacto fiduciae dem Lucius Titius ein Grundstück. Der Darlehns gläubiger, für den auf diese Weise Sicherheit gegeben werden soll, ist nicht genannt. Zwischen Sejus, Titius und dem Gläubiger (Heck a. a. O. S. 94) wird nachträglich vereinbart, dass der Gläubiger den Besitz des Grundstückes so lange haben solle, bis durch den Fruchtbezug die Schuld getilgt sei. (Der weitere Inhalt interessirt nicht.)

Zunächst ist hier eine Concession zu machen. Es ist zuzugeben, dass beide Thatbestände an und für sich genau so wie hier mitgetheilt, denkbar sind. Dabei ist aber festzustellen, dass ein Verkaufsrecht des Gläubigers in dem Sinne, dass er es gegenüber dem amicus erzwingen könne, den so kon-

struirten Thatbeständen nicht nothwendig zu Grunde zu liegen braucht, dass damit vielmehr die Annahme wohl vereinbar ist, es schaffe das pactum fiduciae nur Recht zwischen den Paciscenten. Mit dieser Modification ist zuzugeben, dass jene Thatbestände möglich sind. Die Natur der actio fiduciae bringt es mit sich, wie nunmehr wohl feststeht¹⁾, dass die formlos getroffenen Abreden in freier Weise und im weitesten Umfang vom iudex berücksichtigt werden. Es steht deswegen nichts im Wege, auch sogar eine Wirkung in favorem tertii in der Weise anzunehmen, dass, wenn zwischen dem Schuldner und dem Fiduciar das Verkaufsrecht des Gläubigers ausgemacht war und der Fiduciar demgemäss den Gläubiger zum Verkauf verstattete, er der actio fiduciae des Schuldners dieserhalb nicht ausgesetzt war. Er hatte gehandelt „ut inter bonos bene agier oportet“. Der Gläubiger hatte seinerseits die Ansprüche des Schuldners nicht zu fürchten, weil er durch das formale Recht seines Autors gedeckt war. Wenn also der Gläubiger der persönlichen Zuverlässigkeit des amicus sicher war oder sicher zu sein glaubte, der Schuldner aber Bedenken trug, dem Gläubiger fiducia zu geben, konnte ein derartiges Geschäft guten Sinn und praktische Bedeutung haben. Ob man hier von Pfandfiducia, von einem Geschäft „zu Pfandzwecken“ sprechen will, ist von untergeordneter Bedeutung. Gegen den Ausdruck ist so wenig und so viel einzuwenden, wie gegen die Subsumtion des ältesten pignus unter den Pfandbegriff. Das Gemeinsame ist die ökonomische Zweckbestimmung. Das juristisch Wesentliche des Pfandes fehlt. Der Gläubiger hat nur das Mass von Sicherheit, welches die moralische Zuverlässigkeit des amicus ihm gewährt. Einen rechtlichen Anspruch hat er nicht, und somit muss die Verwendbarkeit der fiducia an einen Dritten zu Pfandzwecken im juristischen Sinne verneint werden.

Mehr als das Zugegebene folgt, wie gesagt, auch aus den von Heck construirten Thatbeständen nicht. Insbesondere können in l. 34 die Ausdrücke petit und impetrasset auch von dem amicus in unserem hypothetischen Sinn gebraucht sein. Derselbe ist rechtlich Herr der Situation, aber moralisch

¹⁾ Vgl. zuletzt Geib in dieser Zeitschr. Bd. 8 S. 112 ff.

doch derart gebunden, dass sein Vorschlag dem Gläubiger gegenüber als *petitum* und dessen Durchsetzung als ein *impetrare* bezeichnet werden kann.

Heck selbst scheint übrigens seiner gelegentlichen Bemerkung, dass das Verkaufsrecht sich aus l. 34 ergebe, keine ernste Bedeutung beizumessen, da er (§ 99) ausdrücklich feststellt, dass die Gebundenheit des *amicus* gegenüber dem Gläubiger (die doch nur das Korrelat des Verkaufsrechtes ist) durch Quellenzeugnisse nicht erhärtet werden könne, sondern nur „durch die Existenz des Rechtsinstitutes“ erwiesen werde. Der Nachweis der Pfandfiducia mit Vertrauensmann nöthige zu dem Schluss, dass ausser dem Mancipanten noch ein Dritter Rechte aus dem *pactum conventum* erwerben konnte. Dies ist selbst für den Fall nicht richtig, dass die Heck'sche Reconstruction der Stellen richtig wäre. Denn die Praktikabilität des Geschäftes ist auch ohne das Verkaufsrecht denkbar. Es ist zudem möglich, dass der Gläubiger durch Stipulation das obligatorische Recht auf Verkaufsgestattung bzw. Mancipation zum Zweck des Verkaufes dem *amicus* gegenüber erlangte. Der practische Erfolg einer solchen Combination von fiducia und Stipulation wäre also ganz derselbe, wie der von Heck unmittelbar dem *pactum fiduciae* zugeschriebene.

So weit geht die Concession, welche dem Heck'schen Gedanken zu machen ist. Es ist anzuerkennen, dass Heck in dankenswerther Weise auf die Möglichkeit einer eigenartigen Benutzung der fiducia aufmerksam gemacht hat, an die man bisher nicht dachte. Dass aber durch die fiducia eine rechtliche Sicherheit des Gläubigers, der Pfandzweck auch nur in dem weiteren Sinn, in welchem die Sicherung durch persönlichen Mancipationsanspruch darunter fällt, erreicht worden wäre, ist nicht zugegeben. Nicht nur ist dies durch Gajus II 60 und die vorliegenden Digestenstellen nicht bewiesen, geschweige dass dafür der Ausdruck fiducia cum amico technisch gebraucht worden wäre; sondern es ist aus inneren Gründen solche Wirkung des *pactum fiduciae* als unmöglich zu bezeichnen.

Heck streift diese Seite der Sache nur mit zwei kurzen Bemerkungen. „Man könnte“, sagt er, „allenfalls an einen Vertrag zu Gunsten Dritter denken. Einfacher ist die An-

nahme, dass der Gläubiger bei dem *pactum conventum* als Contrahent mitwirkte und dadurch in eigener Person sich Rechte erwarb.“

Die letztere Annahme erscheint jedoch durch die juristische Structur der *fiducia* ausgeschlossen. „Denn unter allen Umständen muss man festhalten, dass die *fiducia* ihre Anlehnung fand in der durch Mancipation erfolgten Rechtsübertragung.“¹⁾ In dem Uebertragungsact selbst ist offenbar kein Platz für einen Dritten. Und mag man innerlich das *pactum conventum* noch so unabhängig von der Mancipation denken²⁾, — soviel äussere Abhängigkeit wird man anerkennen müssen, dass mindestens die Personen des formlosen Nebenvertrages nur dieselben sein konnten, wie diejenigen des solennen Rechtsgeschäftes. Dazu nöthigt die Fassung des Zwölftafelsatzes: „cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto“. Jeder Zusammenhang des *pactum conventum* mit der Mancipation wird aufgehoben, wenn man jene elementarste Bedingung leugnet. Die *fiducia* würde einen völlig selbständigen formlosen Vertrag darstellen. Dies würde mit aller Ueberlieferung in Widerspruch stehen. Gerade das Formular der spanischen Fiduciartafel, auf die sich Heck beruft, lässt erkennen, dass die Paciscenten der *fiducia* identisch zu denken sind mit den Personen der Mancipation. Und wie will Heck die Aeusserung des Gajus: *fiducia contrahitur aut cum creditore aut cum amico* mit seiner Auffassung in Einklang bringen, wonach die *fiducia cum amico et cum creditore et cum amico* contrahirt worden wäre!

Eher noch als auf eine Betheiligung des Gläubigers am *pactum conventum* könnte man sich versucht fühlen, die Verkaufsbefugniss unmittelbar auf das *pactum conventum* des Schuldners und des *amicus* zurückzuführen. Man könnte unmittelbar auf das *uti lingua nuncupassit* der XII Tafeln zurückgreifen wollen, womit wörtlich genommen ja schrankenlose Privatautonomie proclamirt ist. Dass aber jener Satz nicht wörtlich und unbeschränkt zu nehmen ist, sondern nur soweit Geltung hatte, wie die restrictive Interpretation der Rechts-

¹⁾ Pernice, *Labeo* Bd. 1 S. 424. — ²⁾ Vgl. namentlich Bechmann, *Kauf* Bd. 1 S. 294.

praxis ihn gelten liess, daran braucht nur erinnert zu werden ¹⁾. Eine Wirkung zu Gunsten Dritter ist für die ältere Zeit nur erweislich bei dem Mancipationstestament und zwar unter dem Gesichtspunkt der *lex rei dicta* im Sinn des Zwölftafelgesetzes: *uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto* ²⁾. Im übrigen wurde das Princip festgehalten, das Q. M. Scaevola in aller Schärfe bezeugt ³⁾: „*Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest*“. Für das *pactum fiduciae* war überhaupt nicht der Gesichtspunkt der *lex dationis*, sondern das Princip der persönlichen *fides* massgebend ⁴⁾. Somit entschwindet jede Möglichkeit, die Wirkung zu Gunsten des creditor zu construiren.

Auf die Willkürlichkeit der von Heck vorgeschlagenen Emendation der beiden Digestenstellen brauche ich hiernach ebensowenig einzugehen wie auf die spanische Fiduciartafel, welche nach H.'s eigener Bemerkung keine Beweiskraft hat.

Was nun 2) die Frage betrifft, ob die *fiducia* zu anderen Zwecken als zur Pfandsicherung verwendet wurde, so kann gar kein Zweifel sein, dass sie zu bejahen ist, wenn man unter *fiducia* allgemein die einer *mancipatio* oder in *iure cessio* zugefügte Abrede versteht, dass der Empfänger — unbedingt oder bedingt — die Verpflichtung übernimmt, den Gegenstand zu remancipiren bzw. frei zu geben. Die *coemptio fiduciae causa* ist hierfür ja ein zweifelloser Beweis ⁵⁾. Es kann sich nur fragen, ob jene Begriffsbestimmung hier zu Grunde gelegt werden soll und zwar in zweifacher Hinsicht. In erster Linie ist zu fragen, ob sie dem römischen Sprachgebrauch entspricht, und dann, ob sie sachlich ein geeigneter Ausgangspunkt für die Lösung der von Heck angeregten Frage ist.

Was die römische Terminologie anlangt, so ist zu constatiren: erstens, dass Gajus den Ausdruck „*fiduciae causa*“ bei der *Coemptio* gerade so gebraucht (I 114—115b) wie er bei der Pfandfiducia technisch ist ⁶⁾, zweitens, dass

¹⁾ Vgl. Ihering, Geist 4. Aufl. Bd. 2 S. 545. — ²⁾ Vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 486. — ³⁾ L. 73 D. 50, 17. — ⁴⁾ Vgl. Pernice a. a. O., S. 424, jedoch auch S. 472 ff., wo das *pactum fiduciae* gar nicht erwähnt wird; im übrigen s. Bechmann, Kauf Bd. 1 S. 278 ff., Ihering, Geist Bd. II S. 531. — ⁵⁾ Von Mancipationstestament und Emancipation sehe ich aus Gründen ab, die hier nicht zu erörtern sind. — ⁶⁾ Vgl. Gajus

nicht nur Justinian (§ 8 J. 3, 2), sondern auch Ulpian (l. 2 § 15 D. 38, 17) den Ausdruck „fiduciam contrahere“ auf die familienrechtliche fiducia anwendet, drittens, dass auch im vierten Jahrhundert ausweislich der c. 3 Cod. Theod. 5, 1 das Wort fiducia („fiduciae nomen“) zur Bezeichnung des familienrechtlichen Verhältnisses vorkommt. Hiernach steht fest, dass in classischer und nachclassischer Zeit für die familienrechtliche ebenso wie für die pfandmässige Mancipation mit verpflichtender Nebenabrede der Ausdruck fiducia gebraucht wurde. Im Sinne der römischen Terminologie ist daher die an die Spitze gestellte Frage zu bejahen. Damit ist jedoch sachlich für das in Frage stehende Problem verhältnissmässig wenig gewonnen und die umfassenden Erörterungen Heck's über die terminologische Seite sind m. E. von untergeordneter Bedeutung, weil der Kernpunkt in der Frage liegt, ob die Fiduciirung von Sachen zu anderen als Pfandzwecken stattfand. Für diese Frage ist es gleichgültig, ob der Ausdruck fiducia in familienrechtlicher Hinsicht einen anderen Sinn hat als bei der Sachenfiducia. Den Ausgangspunkt für unsere Frage muss daher der engere Begriff der Sachenfiducia bilden. Jene Frage ist im Vorhergehenden dadurch schon im bejahenden Sinn entschieden, dass die Heck'sche Deutung der Gajusstelle abgelehnt wurde. Denn dass Gajus nur von Sachenfiducia, nicht auch von Personenfiducia spricht, kann wegen der Beziehung auf Usureception und auch deswegen keinem Zweifel unterliegen, weil Gajus die Personenfiducia an anderen Stellen ganz selbständig behandelt. Also ist die fiducia cum amico des Gajus nicht pfandmässige Sachenfiducia; welcher Art, darauf kommt es zunächst nicht an.

Eine Unterstützung, deren Werth Heck mit Unrecht bezweifelt, gewährt die Erklärung des Boethius zu Cic. top. IV. cap. 10 § 41:

„Fiduciam accipit, cuicunque res reliqua mancipatur, ut eam remancipet: velut si quis tempus dubium timens, amico potentiori fundum mancipet, ut ei, cum tempus,

II 59. 220. III 201, sowie die spanische Fiduciartafel; vgl. auch Gradewitz in dieser Zeitschr. Bd. 7 S. 46 ff.

quod suspectum sit, praeterierit, reddat. Haec mancipatio fiduciaria nominabatur, idcirco quod restituendi fides interponitur.“

Dass Boethius die Stelle des Gajus speciell im Auge gehabt hat¹⁾, wie Heck meint, ist nicht ausgeschlossen. Aber wenn Heck daraus folgert, dass dem Boethius das Institut der fiducia fremd gewesen sei, so ist dies nicht gerechtfertigt. Denn wenn B. das Institut auch nicht aus der Praxis kannte, so war er doch bewandert genug in der juristischen Literatur, um darüber aus Berichten mindestens eben so gut Bescheid zu wissen, wie wir. Und dass der sprachlich und historisch feingebildete Zeitgenosse Justinians, als den wir Boethius kennen²⁾, den Gajus so gänzlich missverstanden und die vorliegende Definition der fiducia aufs Gerathewohl aus der Luft gegriffen haben sollte, weil die fiducia cum creditore pignoris iure „ihm unklar war“, ist in keiner Weise wahrscheinlich. Dass die Pfandfiducia aus der Anschauung jener Zeit nicht ganz verschwunden war, lehrt die Bemerkung des um wenig älteren Sidonius (epist. IV 24): „pecuniam mutuam postulavit impetravitque, nihil quidem loco fiduciae pignorisque vel argenti sequestrans, vel obligans praedium.“ Hiernach glaube ich, dass die Stelle des Boethius sowohl für den Fall directer Beziehung zur Gajusstelle, als für den Fall der Unabhängigkeit davon gewichtiges Zeugniss für die ausserpfandliche Sachenfiducia ablegt.

Ein ferneres Zeugniss für die letztere gewährt m. E. Coll. II 3:

Papinianus: „Per hominem liberum noxae deditum si tantum acquisitum sit, quantum damni dedit, manumittere cogendus est a praetore qui noxae deditum accepit: sed fiduciae iudicio non tenetur.“

Mit argumentum e contrario folgt aus dieser Stelle³⁾, dass an und für sich die fiducia behufs Abverdienung anwendbar und mit actio fiduciae ausgestattet war. Dies giebt Heck zu. Er wendet nur ein, die noxae deditio auf Zeit lasse sich als Pfandsicherung „auffassen.“ Nun ist die Noxalfiducia ja

¹⁾ Heck a. a. O. S. 114. — ²⁾ Vgl. auch das Zeugniss bei Cassiodorus, Variarum 1, 45. — ³⁾ Vgl. im übrigen Oertmann a. a. O. S. 159.

sicher keine fiducia cum amico im Sinn der Gajusstelle. Aber sie ist auch wesentlich verschieden von der Pfandfiducia, da es sich nicht um Sicherung einer noch schwebenden, sondern um Tilgung einer fälligen Schuld handelt. Jedenfalls liegt hier eine Variante vor, welche in Verbindung mit den familienrechtlichen Fällen beweist, dass wir es keineswegs mit einer fest abgegrenzten, auf den Pfandzweck strict beschränkten, sondern mit einer beweglichen und freischöpferisch verwerthbaren Rechtsfigur zu thun haben.

Von dieser Grundlage aus betrachtet stellt sich eine manigfaltige Verwendung der fiducia jedenfalls als sehr wahrscheinlich dar; und wenn sonst triftige Gründe dafür sprechen, dass in den Digesten eine ausserpfandliche Sachfiducia durch Interpolation in ein anderes Rechtsverhältniss umgearbeitet sei, so bedarf es nicht mehr des besonderen Nachweises, dass die fiducia für derartige Zwecke verwerthbar gewesen ist. Indessen möchte davor zu warnen sein, gerade den Ausdruck fiducia cum amico zu wittern¹⁾. Ich glaube nicht, dass er technisch war. Er würde uns andernfalls wohl auch sonst irgendwo begegnen. Muss man doch gerade bei Gajus sich hüten, Schemata und Terminologien, die Schulzwecken dienten, ohne weiteres als Gemeingut der römischen Jurisprudenz anzusehen. Der Sache nach trete ich aber den von Lenel und Gradenwitz aufgestellten Interpolationshypothesen, betreffend fiducia cum amico, fast durchweg bei. Insbesondere erscheint mir die Manumissionsfiducia durch l. 30, l. 27 § 1 D. 17, 1, l. 5 § 1 D. 12, 4, l. 18 D. 39, 5 erwiesen. Heck's Gegengründe zielen nur auf die Möglichkeit anderer Deutung. Geht man aber von der vorstehend gewonnenen Grundanschauung aus, so hat man gar nicht nöthig, nach solchen Möglichkeiten auszuschaun. Auf die einzelnen Interpolationen einzugehen, ist für den Zweck dieser Abhandlung nicht nöthig. Nur die Bedeutung der Stellen, wo depositum oder depositum commodatumve für fiducia interpolirt ist, bedarf einer kurzen Erörterung, die indessen zweckmässig im Zusammenhange des Folgenden gegeben wird.

¹⁾ Lenel schlägt geradezu fiduciae cum amico für den reconstruirten Text vor: Palingenesie II 136. — Vgl. auch Pernice, Parerga III, 9, Zeitschr. Bd. 9 S. 227. Anm. 6.

b.

Wenn ich mich nunmehr gegen die Behauptung wende, dass die Functionen des späteren depositum einstmals durch die fiducia wahrgenommen seien, so beginne ich auch hier wieder mit einer Concession. Es ist zuzugeben, dass, wenn eine Sache bei einem andern zur unentgeltlichen Aufbewahrung (nicht minder natürlich auch im Fall des Entgeltes) hinterlegt werden sollte, der Hinterleger cum pacto fiduciae die Sache mancipiren und demnächst mit actio fiduciae derart zurückfordern konnte, dass für beide Betheiligte freie Beurtheilung nach bona fides eintrat. Die Frage ist nur die, ob diese Möglichkeit eine der Klagbarkeit des formlosen Depositums commensurable rechtliche Erscheinung war. Dies ist m. E. zu verneinen. Es ist möglich, ja wahrscheinlich, dass unter Umständen dieselbe Situation, welche in späterer Zeit zur formlosen Deponirung geführt haben würde, in älterer Zeit Veranlassung zur Fiduciirung gab, und zwar, wie zugegeben ist, aus dem Grunde, weil bei einfacher Hinterlegung der Hinterlegende gegen gewisse Eventualitäten keinen rechtlichen Schutz genoss. Mehr will ja wohl auch die hier bekämpfte Auffassung nicht behaupten. Sie will gewiss nicht behaupten, dass die fiducia mit ihren schwerfälligen Formen und dem Mangel specieller Normirung des Hinterlegungsfalles dem Rechtsverkehr dieselben Dienste geleistet hätte, wie später der formlose und dogmatisch ausgebildete Realcontract. Sie will auch gewiss nicht behaupten, dass der Rechtsverkehr sich der Form der fiducia ehemals in allen Fällen bedient hätte, wo eine Sache hinterlegt wurde und wo dann in späterer Zeit ohne weiteres der Rechtsschutz, der wünschenswerth war, eintrat. Kurz, man wird nicht leugnen wollen, dass intensiv und extensiv die Bedeutung der fiducia hinter dem depositum wesentlich zurückblieb. So weit wäre man also wohl einig und es könnte danach scheinen, ich wollte offene Thüren einrennen. Die Differenz, welche besteht, liegt in der That nicht in der Frage der theoretischen Möglichkeit der Verwendung, sondern in der Frage ob practisch von der fiducia ein derartiger Gebrauch gemacht worden ist, dass man sagen kann, im Rechtsverkehr sei die Stelle des depositum einstmals durch die fiducia ausgefüllt worden. Damit hängt die fernere Frage

zusammen, ob die fiducia cum amico des Gajus als Hinterlegungsfiducia zu verstehen ist. Beide Fragen sind m. E. zu verneinen.

Durchschlagend ist für die Verneinung der ersten Frage schon die Erwägung, dass die bei weitem meisten Hinterlegungen flüchtiger Natur zu sein pflegen, für kurze Zeit und ohne das Bewusstsein eines rechtsgeschäftlichen Actes vorgenommen werden und sich sine ulla controversia schnell wieder lösen. Bedenkt man dem gegenüber die Umständlichkeit der mancipatio und vollends der in iure cessio, so muss man von vornherein vermuthen, dass für die grosse Masse der Hinterlegungsfälle die fiducia gar nicht in Betracht kam. Genaueres Hinschauen bestätigt dies.

Die in iure cessio war bei der fiducia wohl so gut wie gar nicht gebräuchlich. Gajus III 25 bezeugt: „plerumque tamen et fere semper mancipationibus utimur, quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse cum maiore difficultate apud praetorem aut apud praesidem provinciae agere“. Was schon bei der Veräusserung dem Römer zu umständlich erschien, was allenfalls noch bei der Verpfändung die Mühe gelohnt hätte, das musste bei den Hinterlegungsfällen des täglichen Lebens practisch ausgeschlossen erscheinen. Ausser der Gajusstelle II 59 ist mir nebenbei gesagt keine Stelle bekannt, in welcher die Möglichkeit der Anknüpfung der fiducia an in iure cessio bezeugt wäre. Stets ist sonst nur von der mancipatio die Rede. Auch das spanische Formular bestätigt, dass practisch die in iure cessio nicht in Betracht kam. Also kann es sich nur noch um die Fiduciirung von res Mancipi handeln. Eine eigentliche Hinterlegung ist nun bei allen diesen nicht möglich. Dass Grundstücke nicht deponirt werden können, wird jetzt fast allgemein anerkannt ¹⁾. Ohne Uebernahme der Bewachungspflicht ist der Hergang nicht denkbar, und in noch höherem Masse gilt dies hinsichtlich der sogenannten Hinterlegung von Sklaven und Thieren. Die Beaufsichtigungspflicht und die Unterhaltungslast stempeln den Thatbestand stets zum Auftragsverhältniss und es gilt hier: „puto mandati esse

¹⁾ Vgl. über die einstmals floride Controverse Glück XV S. 146 ff. Abweichend Dernburg, Pand. 2 § 92. 243.

actionem, quia plenius fuit mandatum habens et custodiae legem“ (l. 1 § 12 D. 16, 3). Bei *res Mancipi* kann also nicht von einem Hinterlegungszweck der Fiduciierung die Rede sein. Wenn man annehmen könnte, dass die *fiducia* auf Immobilien beschränkt war, was vermuthungsweise mehrfach geäußert ist ¹⁾, so würde dies ein Argument mehr abgeben. Gegen jene Annahme sprechen aber Paulus sent. II 13, 2 und die m. E. sehr wahrscheinliche ursprüngliche Beziehung von l. 31 D. 13, 7 und l. 22 D. 9, 4 auf die *fiducia*, womit die Anwendung wenigstens auf Sklaven erwiesen wird. Nicht zu vergessen ist ferner, dass in den wichtigsten Fällen, nämlich beim Nothdepositum, dem formlosen Act ein wirksamer Rechtsschutz durch Strafklage gegeben war ²⁾. Wenn nun trotz alledem in concreto Fiduciierung „zu Hinterlegungszwecken“ vorgekommen sein sollte, so bleibt es doch eine unrichtige Behauptung, dass die *fiducia* als Rechtsinstitut „den Zweck des depositum erfüllt“ habe.

Ich muss mit zwei Einwänden rechnen, nämlich:

1) dass die Stellen bei Gajus und Boethius das Gegentheil bewiesen,

2) dass in mehreren Fällen *fiducia* seitens der Compilatoren ersetzt sei durch *depositum* bzw. *depositum commodatum*.

Was 1) Gajus anlangt, so muss schon der Umstand, dass Gajus das *depositum* als ausgebildeten Realcontract kennt, davon überzeugen, dass unter seiner *fiducia cum amico contracta* kein Hinterlegungsgeschäft, sondern ein eigenartiges Stellvertretungsgeschäft zu verstehen ist und dass die Worte *quod tutius esset* „nicht auf factische, sondern auf rechtliche Sicherheit gehen“ ³⁾. Diese Ueberzeugung wird unterstützt

¹⁾ Vgl. Pernice, *Labeo* Bd. 1 S. 433; Bekker, *Actionen*; Geib in dieser Zeitschr. Bd. 8 S. 117. — ²⁾ Darüber unten das Nähere. —

³⁾ So Ihering, *Besitzwille* S. 409 mit dem Zusatz: „Die Meinung, dass man den factischen Sicherheitszweck des Depositums in alter Zeit in der Form der *fiducia* verfolgt habe, ist eine gänzlich thörichte.“ Oertmann a. a. O. S. 145 hat Ihering merkwürdig missverstanden. Vgl. ferner Scheurl, *Beiträge* XIII S. 37: „Wer *fiduciam* contrahit cum amico, will nur einstweilen seine Sache vor Gefahren schützen und zwar vorzugsweise vor juristischen Gefahren sicher stellen.“

durch die Erläuterung des Boethius, wonach in Zeiten politischer Gefahr der mächtigere Freund durch die fiducia ein „dingliches Patronat“, wie ich sagen möchte, übernimmt. Die blosse Möglichkeit einer derartigen Deutung genügt angesichts der vorher dargelegten Umstände um die entgegengesetzte Deutung auszuschliessen. Bezüglich des Gewichtes der Auffassung des Boethius ist auf das bereits gesagte (oben S. 310) zu verweisen.

2) Die Interpolationen, welche in Betracht kommen, betreffen folgende Stellen:

a) l. 13 § 1, l. 1 § 42, l. 32 D. 16, 3¹⁾

b) l. 1 § 47 D. 16, 3²⁾, l. 31 D. 13, 7, l. 27 D. 15, 1, l. 6 D. 45, 3³⁾ l. 22 D. 9, 4.

An die von Voigt behauptete Interpolation von depositum für fiducia in den drei zu a) genannten Stellen glaube ich nicht. Die Schwierigkeit in l. 13 § 1 löst sich befriedigend, wenn man mit Savigny⁴⁾ den dolus nur als das Hauptbeispiel für Handlungen des Depositors auffasst, durch welche unter Bereicherung des Letzteren die Vindication unmöglich gemacht wird. Weniger ansprechend ist Marezolls⁵⁾ Annahme: es handle sich um *condictio furtiva*⁶⁾. Uebrigens scheint mir eine Verstümmelung keineswegs ausgeschlossen. Nur für die Ausmerzung einer fiducia fehlt jeder Anhalt. Wegen der beiden anderen Stellen kann ich auf Heck a. a. O. verweisen. Gegen Voigt⁷⁾ sei übrigens bei dieser Gelegenheit bemerkt, dass wenn er aus Cicero de off. I 10, 31 (*verba: reddere depositum*) folgert, die Römer hätten „die fiducia cum amico dem Begriffe des depositum untergeordnet“ (sic) dies auf einer kaum begreiflichen Identificirung von fiducia und fides beruht. Es heisst bei Cicero: „*incidunt tempora cum ea quae maxime videntur digna esse iusto homine, commutantur fiuntque contraria, ut reddere depositum, facere promissum, quaeque pertinent ad veritatem et ad fidem*“!

Es erübrigen die Stellen zu b), in denen überall depositum

¹⁾ Voigt, XII Tafeln II S. 178, ius naturale III Anm. 1273. 1410.

— ²⁾ Pernice, Zeitschr. Bd. 9 S. 227 Anm. 6; Lenel, Palingenesie I S. 30 Anm. 4, S. 212 Anm. 1, S. 123 Anm. 4, S. 802 Anm. 2; Heck a. a. O. S. 121. — ³⁾ Pernice a. a. O. — ⁴⁾ System Bd. 5 S. 518. — ⁵⁾ Linde's Zeitschr. Bd. 10 S. 244. — ⁶⁾ Heck nimmt dies ebenfalls an. — ⁷⁾ Ius naturale II S. 542.

commodatumve steht. Darüber ist allgemein zu sagen: Es ist nicht anzuerkennen, dass aus der Umtauschung der Worte seitens der Compileren irgend etwas für den historischen Zusammenhang zu folgern wäre¹⁾. Denn wenn der Gedanke, „für das veraltete Rechtsinstitut seine rechtsgeschichtlichen Nachfolger einzufügen“ wirklich bestimmend für die Interpolation gewesen wäre, so würde daraus doch nur folgen, dass die Compileren geglaubt haben, der historische Zusammenhang verhalte sich so, nicht aber, dass der Hergang auch wirklich so gewesen sei. Die Macht der angeführten Gründe scheint mir aber bereits gross genug, um das Gewicht zu übertreffen, welches eine historische Anschauung Tribonians für uns haben kann. Dass wirklich ein durchgehender geschichtlicher Gesichtspunkt jene Interpolationen veranlasst haben sollte, scheint mir zudem wenig glaublich. Wahrscheinlicher ist mir, dass es sich um Interpolationen von Fall zu Fall in der Weise handelt, dass jeweils der Thatbestand der gegebenen Stelle eine Anwendung der fiducia darstellte, welche Vertauschung mit depositum commodatumve gestattete. Die Möglichkeit solcher Fiduciathatbestände ist, wie bereits wiederholt bemerkt, zuzugeben. Ein solches Verfahren ist weniger mechanisch als jenes andere und imputirt den Compileren nicht eine historische Auffassung, deren Haltlosigkeit ich für offenbar halte.

Von der Wahrscheinlichkeit der Interpolation in den einzelnen Fällen kann ich demnach absehen. Auch wenn in allen Stellen (und vielleicht lassen sich noch andere nachweisen) ursprünglich von hinterlegungsmässiger Sachenfiducia die Rede war, so ändert dies an dem Ergebniss nichts. Theilweise kann übrigens in den Stellen eine Pfandfiducia getilgt sein.

¹⁾ Pernice, Zeitschr. Bd. 9 S. 227 Anm. 6 meint: „dass auch das Commodat in der zweiten Form der fiducia abgeschlossen wurde, zeigt die Interpolation depositum vel commodatum für fiducia cum amico“.

II.

Die *actio depositi directa* hat sich aus der Strafklage der XII Tafeln für den Fall des *depositum miserabile* entwickelt.

Die Grundlagen dieser Ansicht sind:

1) Die Notiz der *Collatio* (X 7, 11) aus des Paulus *sententiae*:

„*Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum*“.

2) Der Wortlaut des Edictes:

„*Quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in simplum; earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum, in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicetur, qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius in duplum iudicium dabo.*“

Früher verstand man die Mittheilung des Paulus allgemein so, dass die XII Tafeln dem Deponenten unter wesentlich den gleichen Voraussetzungen wie nach dem späteren Kontraktsrecht eine *actio in duplum* gegeben hätten, so dass, einseitig vom Standpunkte des Deponenten betrachtet, die Einführung der Kontraktsklage sich als Minderung des Anspruches des Deponenten darstelle¹⁾.

In welches Verhältniss der Praetor die neue Klage zur alten gestellt habe, darüber herrschten und herrschen unter den Anhängern jener Meinung verschiedene Anschauungen. Während Huschke²⁾ und Rudorff³⁾ es als gewiss betrachten,

¹⁾ Jac. Gothofredus restituirte den Zwölftafelsatz: „*Si quid endo deposito dolo malo factum escit, duplione luito.*“ Für die im Text referirte Auffassung vgl. z. B. Heineccius *antiquitates* III 15, 31; Schulting, *jurisprud. zu Paul. sent. II 12 § 11*; Rein, *Privatrecht* S. 646 Anm. 1; Unterholzner, *Schuldverhältnisse* II 671^a; Arndts, *gesammelte Schriften* Bd. 1 S. 408 ff. Auch Demelius *Ztsch. f. Rechtsgesch.* Bd. 2 S. 224 ff. scheint auf demselben Standpunkt zu stehen. Pernice, *Labeo* Bd. 1 S. 435 nennt die Klage „*actio poenalis wegen Treubruches d. h. wegen Unterschlagung*“. — ²⁾ *Ztsch. f. geschichtl. Rechtswissenschaft* Bd. 13 S. 277 Note 40. — ³⁾ *Ebenda* Bd. 14 S. 462.

dass die Zwölftafelklage neben der praetorischen Klage fortbestanden habe „wie die *actio rationibus distrahendis* neben der *actio tutelae*“, scheint jetzt die Auffassung zu überwiegen, dass die eine Klage durch die andere ersetzt sei.

Ihering's¹⁾ Argument „es sei schwer begreiflich, was den Praetor hätte veranlassen können, eine *actio depositi* auf das *simplum* einzuführen d. h. dem Deponenten weniger zu bieten als er nach bisherigem Rechte hatte“, trifft beide Auffassungen m. E. in durchschlagender Weise. An und für sich wäre es freilich denkbar, dass die Rücksicht auf den Depositar oder eine Milderung der allgemeinen Rechtsanschauung (wie beim *furtum manifestum*) den Praetor zu einer Abschwächung des Rechtes des Deponenten veranlasst hätte. Diese Möglichkeit fällt aber in dem Augenblick ausser Betracht, in welchem man sich erinnert, dass auch die jüngere Klage nur im Falle des *dolus* Platz griff. Für diesen Fall wäre eine Milderung der Haftung in der That kaum zu erklären. Etwas anderes würde es sein, wenn man glauben dürfte, dass es sich nicht um Reduction des Anspruches auf die Hälfte handle, sondern um Ersetzung der „absoluten Tarification“ in Gestalt des doppelten Sachwerthes durch das individuelle einfache Interesse²⁾. So verstanden hätte die Einführung des *simplum* für dieselben Fälle, in denen bisher das *duplum* galt, einen guten Sinn, auch sogar in Gestalt der wahlweisen Proponirung neben dem *duplum*. Aber jener Sinn wird durch die Worte des Paulus nicht einmal angedeutet, geschweige ausgedrückt. Ferner: Paulus hat doch wohl das Edict des Praetors im Auge, wie es in l. 1 D. 16, 3 vor uns liegt. Auch im Ausdruck schliesst er sich, glaube ich, an dasselbe an. Er will nur das *simplum* des Edictes konstatiren. Im Edict selbst liegt aber gewiss nicht der Gegensatz von Sachwerth und Interesse, von absoluter und individueller Aestimation. Der Fortschritt vom einen zum anderen tritt uns als Ergebniss allmäliger historischer Entwicklung entgegen. Als unmittelbares Resultat praetorischen Eingreifens würden wir ihn nur dort ansehen dürfen, wo wir Zeugnisse dafür hätten. Beim

¹⁾ Schuldmoment, verm. Schriften S. 190. — ²⁾ Vgl. Ihering, Geist Bd. 2 § 29.

vorliegenden Edict ist aber jedenfalls der Gegensatz nicht in der Art der Schätzung, sondern lediglich im Quantum zu finden. Dem Nothdepositum giebt der Praetor gegenüber dem gewöhnlichen depositum nicht einen anders qualificirten, sondern einen im Masse stärkeren Schutz. Somit halte ich mit Ihering und den meisten neueren Schriftstellern es für ausgeschlossen, dass die Zwölftafelklage sich auf den gleichen Thatbestand bezog, wie die Edictsklage.

Ueber Voraussetzungen und Tragweite der Zwölftafelklage gehen nun die Ansichten auch derjenigen sehr auseinander, die hiermit einverstanden sind.

Ihering¹⁾ vermuthet, es handle sich um die Klage aus *furtum nec manifestum*. Ubbelohde²⁾ glaubt an eine allgemeine *actio de perfidia*. Puchta³⁾ und andere beziehen die Notiz des Paulus auf die *actio fiduciae*, Eisele und Asher auf das *depositum tumultus incendii ruinae naufragii causa*^{4) 5)}.

Gegen Ihering's Vermuthung spricht vor allem der Wortlaut der Paulusstelle. Es ist die Rede bloss vom *depositum*. „*Ex causa depositi*“ wird die Zwölftafelklage und die prätorische Klage in einem Athem genannt. Wie sollte das bei der einen Klage einen anderen Sinn haben als bei

¹⁾ Schuldmoment, verm. Schr. S. 190. — ²⁾ Zur Gesch. der benannten Realcontracte S. 34 ff.; neuerdings stimmt ihm bei Schulin röm. Rechtsgesch. S. 407. Vgl. auch Cujacius zu Paul. sent. II 13 (ed. Neap. X 986). — ³⁾ Puchta, Inst. § 272 bei Anm. r; C. Sell in den S'schen Jahrb. Bd. 2 S. 32; Voigt, jus nat. II S. 542, XII Tafeln II S. 479, vgl. auch Puntschart grundgesetzl. Civ. R. S. 290. — ⁴⁾ Eisele, die materielle Grundlage der exceptio S. 141 und Asher in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. 22 S. 267. Die ohne Begründung ganz beiläufig gemachten Bemerkungen beider Schriftsteller haben wenig Beachtung gefunden. Vgl. jedoch Arndts a. a. O. S. 40 und Windscheid Pand. § 378 Note 13; Voigt, XII Tafeln II S. 481. Auch mir sind sie erst bekannt geworden, nachdem ich selbständig zu dem gleichen Resultat gelangt war. Eisele hinwiederum hat unabhängig von Asher geschrieben. — ⁵⁾ Eisele's Ansicht ist von Oertmann S. 142 ungenau wiedergegeben. Während E. von der Analogie des *f. nec manifestum* spricht, unterstellt O. ihm die Behauptung, die Zwölftafelklage *ex causa depositi* sei eine Abart der Diebstahlsklage. Oertmann identificirt die Ihering'sche und Eisele'sche Auffassung und schliesst sich beiden an, obgleich er — S. 141 — sagt, dass die Zwölftafelklage auf das Nothdepositum beschränkt gewesen sei!

der anderen? Bei der praetorischen Klage ist zweifellos die specielle Depositumsklage gemeint, also doch wohl auch bei der Zwölftafelklage. Ihering's Hypothese bedeutet nicht die Auslegung, sondern die Berichtigung der Notiz des Paulus. Zu einer solchen Berichtigung liegt aber keine Veranlassung vor, wenn man die ältere Klage auf das Gebiet des Nothdepositums beschränkt denkt.

Beiläufig bemerkt, scheint mir allerdings der Versuch verfehlt, die Ihering'sche Hypothese durch den Nachweis zu schlagen, dass die Diebstahlsklage auf die Unterschlagung des depositum nach Zwölftafelrecht gar nicht Anwendung gefunden habe. Asher und Arndts berufen sich dafür auf den Satz: „infitiando depositum nemo facit furtum“ (l. 68 pr. D. 47, 2 vgl. dazu l. 1 § 2 ebenda). Das ist mir nicht recht verständlich. Denn der Thatbestand des furtum beim depositum wird hier doch — negativ — näher bestimmt, seine Möglichkeit also vorausgesetzt. Aber auch Ubbelohde's¹⁾ Begründung erscheint mir nicht zutreffend. U. meint, die Unterschlagung sei in ältester Zeit nicht als furtum, sondern als perfidia gestraft. Den Grund findet er in l. 55 § 1 D. 26, 7 (Tryphoninus): „tutores propter admissam administrationem non tam invito domino contrectare eam videntur quam perfide agere.“ Aber es steht nicht nur für die Zeit des Tryphoninus fest, dass Unterschlagung als furtum galt (Gajus III 169), sondern schon von Q. Mucius Scaevola meldet Gellius VI 15: „Verba haec posuit: Quod cui servandum datum est, si id usus est, sive quod utendum accepit, ad aliam rem atque accepit usus est, furti se obligavit.“ Es ist also nicht richtig, dass „die Uebertragung der Detention seitens des dominus“ der Grund ist, warum beim tutor das furtum verneint wird. Vielmehr ist das Entscheidende admissa administratio. Dem tutor ist das Dispositionsrecht gegeben, er missbraucht es nur. Der Depositär hat keine administratio. Es fehlt ihm die formelle Verfügungsbefugnis, die der tutor hat.

Gegen die Beziehung der Paulusstelle auf eine allgemeine actio de perfidia, wie sie Ubbelohde annimmt, sprechen dieselben Gründe, welche die Ihering'sche Deutung ausschliessen,

¹⁾ A. a. O. S. 37 ff.

so dass es nicht nöthig ist, zu prüfen, ob es wirklich eine derartige Klage gegeben hat¹⁾, die übrigens wesentlich auf die angebliche Unanwendbarkeit der actio furti auf Unterschlagung gegründet wird.

Was die Annahme betrifft, es handle sich in der Stelle des Paulus um die actio fiduciae, so habe ich dem im ersten Theil dieses Aufsatzes gesagten nur wenig hinzuzufügen. Denn wenn die fiducia so wenig Beziehung zum depositum hatte, wie ich annehme, versteht es sich von selbst, dass Paulus die actio fiduciae nicht als eine actio ex causa depositi bezeichnen konnte²⁾.

Auf die Frage, ob die actio fiduciae überhaupt bis in die Zeit der Zwölftafeln hinaufreicht, will ich nicht eingehen, obgleich ich glaube, dass sie zu verneinen ist³⁾ und dass auch aus diesem Grunde die Beziehung der Paulusstelle auf die Fiduciarklage ausgeschlossen ist. Vielmehr will ich mich auf den Hinweis beschränken, dass die actio fiduciae gar nicht auf das duplum ging.

Zum Beweis des Gegentheils beruft man sich vorzugsweise auf die Paulusstelle⁴⁾, was als petitio principii keiner Widerlegung bedarf. Ebensowenig darf man die Mittheilung Cicero's (off. III 16) über die infitatio der bei der mancipatio übernommenen Verpflichtungen heranziehen. Der Zusammenhang ergibt zweifellos, dass es sich ebenso wie in Paulus 17, 3 um Verpflichtungen des Verkäufers handelt.

Voigt⁵⁾ — und damit erschöpfen sich die für die Gegenmeinung geltend gemachten Gründe — findet durch folgende Momente seine Ansicht gerechtfertigt: 1) eine civilis depositi actio auf duplum sei nicht bezeugt; — dies ist wieder das Thema probandum; 2) die actio depositi sei nach der lex Iulia municipalis unbekannt; — das ist richtig für die Contractsklage, beweist nichts gegen die civile Delictsklage; 3) Paulus

¹⁾ Vgl. darüber: Bekker, Actionen Bd. 1 S. 308; Pernice, Labeo Bd. 1 S. 424; Voigt, jus nat. III S. 837, XII Tafeln II S. 481. —

²⁾ Von einem anderen Gesichtspunkt aus verneint die Beziehung Pernice, Labeo Bd. 1 S. 433 (vgl. auch S. 424). Rudorff's Gründe (Ztschr. f. geschichtl. Rechtsw. Bd. 14 S. 461) finde ich nicht schlagend. — ³⁾ Die Literatur bei Oertmann S. 52 ff. — ⁴⁾ Puchta, Sell a. a. O. —

⁵⁾ XII Tafeln Bd. 2 S. 479.

sage nicht *actio depositi*, sondern „*ex causa depositi*“; *causa depositi* liege aber auch bei der *fiducia cum amico* vor; dieses Argument ist bereits nach verschiedenen Seiten gewürdigt.

Hiernach sind wir auf die Wahrscheinlichkeit hingedrängt, dass die Zwölftafelklage engere Voraussetzungen als die spätere *actio depositi* hatte; und das Edict zeigt mit dem Finger darauf hin, dass es der Thatbestand des *depositum miserabile* war, den das Zwölftafelrecht unter seinen Schutz stellte.

Das entscheidende Moment, dem gegenüber alle anderen Gründe nur unterstützend in Betracht kommen, liegt in der Fassung.

Vergleicht man etwa das Edict: „*Quod quis commodasse dicetur, de eo iudicium dabo*“ (l. 1 D. 13, 6) mit dem Edict über das *depositum*, so drängt sich die Frage auf: Warum beginnt der Praetor unser Edict mit einer Negative? Warum steht das practisch untergeordnete, im System als Ausnahme von der Regel erscheinende Nothdepositum im Vordergrund? Warum ist dieses der Ausgangs- und Anknüpfungspunkt für das Edict? Die Antwort liegt auf der Zunge: Weil der Edicent die *actio in duplum* aus dem Nothdepositum vorfand.

Paulus hatte das Edict vor sich, als er die Bemerkung von der Zwölftafelklage *ex causa depositi* aufs Doppelte niederschrieb. Es gab zu seiner Zeit nur eine *actio in duplum ex causa depositi*, nämlich die im Edict proponirte. Er sagt „lege XII tabb. datur“¹⁾. Er theilt also, der ganzen Tendenz und Anlage der Sentenzen gemäss geltendes Recht mit d. h. er bezieht sich auf die Klage aus dem Nothdepositum. Dass er sich der Bedeutung des Nothdepositum bewusst war, wird auch durch II 12, 3 bestätigt, wo es in erster Linie heisst: „*deponere videtur qui in metu ruinae incendii naufragii apud alium custodiae causa deponit.*“

¹⁾ Arndts a. a. O. S. 407 ff. macht gegen die Urgierung der Praesensform geltend, dass es in sent. IV 8, 22 auch heisst: *lex XII tabularum nulla discretionem sexus agnatos admittit*. (In dem überlieferten Text heisst es *cognatos*.) Die Abweichung von diesem Grundsatz „Voconiana ratio“ hat P. vorher mitgetheilt, und nun fährt er fort: *ceterum lex XII tabl. etc.* Es wird also durch das admittit in der That geltendes Recht bezeichnet.

Die civile Herkunft der Klage in duplum ergibt sich auch aus der Perpetuität, welche Neratius (l. 18 D. 16, 3) bezeugt: „De eo, quod tumultus incendii ruinae naufragii causa depositum est, in heredem de dolo mortui actio est pro hereditaria portione et in simplum et intra annum quoque: in ipsum et in solidum et in duplum et in perpetuum datur.“ Arndts (S. 409) glaubt dieses Argument durch den Hinweis auf die Perpetuität der actio furti manifesti in quadruplum entkräften zu können, welche bekanntlich als Ausnahme der Regel von Gajus (IV 111 vgl. pr. J. 4, 12) bezeugt wird. Aber erstens hätte es für Gajus nahe gelegen, neben der actio furti auch die actio depositi in duplum zu nennen, wenn er deren Ursprung wirklich für praetorisch gehalten hätte; und dann giebt Gajus als Grund für die Perpetuität der actio furti manifesti an: „cum pro capitali poena pecuniaria constituta sit.“ Das heisst m. E. nicht, wie die justinianischen Institutionisten es aufgefasst haben: „absurdum enim esse existimavit anno eam terminari“, sondern: „weil das praetorische quadruplum nur Surrogat der civilen Kapitalstrafe ist.“ (Vgl. Gajus III 189.) Auch bei den Klagen des bonorum possessor führt Gajus die Perpetuität zurück auf die Vorbildlichkeit der Civilklagen.

Das so gewonnene Resultat steht im besten Einvernehmen mit den massgebenden Darlegungen Pernice's¹⁾ über die eigenartige innere Entwicklung des Hinterlegungscontractes. Erst durch den unmittelbaren Anschluss des Edictes an die Strafklage der XII Tafeln, die für das Nothdepositum geradezu conservirt ist und für die sonstige actio depositi leitend war, wird m. E. verständlich, dass die Entwicklung des depositum vom Delictsstandpunkte beherrscht wird. Innere Gründe dafür sind nicht vorhanden. Jedenfalls weist die Behandlung des depositum zahlreiche Erscheinungen auf, die der inneren Verständlichkeit durchaus entbehren. So z. B.²⁾

L. 1 § 25 D. 16, 3 (Ulpianus): „Si rem depositam vendidisti eamque postea redemisti in causam depositi, etiamsi sine

¹⁾ Labeo Bd. 1 S. 433 ff., Bd. 2 S. 310 ff. Vgl. ferner Dernburg, Compensation, 2. Aufl. S. 52 ff., S. 598; Ihering, verm. Schriften S. 191.

— ²⁾ Ich beziehe mich im übrigen auf Pernice S. 436 ff.

dolo malo postea perierit, teneri te depositi, quia semel dolo fecisti, cum venderes.“

L. 81 § 1 D. 46, 3 (Pomponius) si sine dolo malo hoc fecero, liberabor aut (quod verius est) non incidam in obligationem.“

Die Natur des Hinterlegungsvertrages erklärt, wie gesagt, solche Entscheidungen nicht. Der Delictsstandpunkt wird aber auch nicht etwa schon durch den Umstand erklärt, dass eine besondere Klage für die Veruntreuung des depositum ehemals bestand. Denn an und für sich hätte sich der Contract trotzdem ja selbständig entwickeln können. Noch weniger natürlich vermögen die übrigen Hypothesen über die Natur der Zwölftafelklage die Abhängigkeit vom Delictsgedanken zu erklären. Kurz, ich sehe in der directen Anlehnung des Edictes an die Zwölftafelklage aus depositum miserabile den Schlüssel zum Verständniss der Entwicklung des depositum.

Dass ich hiernach die formula in factum concepta für älter halte, als die in jus concipirte¹⁾ Formel, bedarf kaum noch der Hervorhebung. Das in jus gestellte Formular setzt eine freiere Interpretation des Edictes und entwickeltere Grundsätze betreffs des Contractes voraus, als dass wir sie für die erste Zeit nach Erlass des Edictes voraussetzen dürfen. Warum die factische Formel neben der jüngeren Rechtsformel conservirt wurde, ist eine andere Frage, die hier nicht zu entscheiden ist.

¹⁾ Gajus IV 47, 60. Die Literatur der Frage s. bei Keller, Civilprozess, 6. Ausgabe S. 162 und ausserdem besonders Krüger, Gesch. der röm. Rechtsquellen S. 44 Note 39, auch Dernburg, Compensation a. a. O.; Asher a. a. O. S. 268 ff.; Huschke, Darlehn S. 10 und Geib in dieser Ztschr. Bd. 8 S. 129.

XIV.

Naturalis obligatio ex pacto?

Von

Herrn Professor **Hellmann**

in München.

In den Fällen der noxae deditio des ältesten römischen Rechtes müsse man sich, so bemerkt Ihering¹⁾, vorstellen, dass der Verletzte und der paterfamilias oder dominus des caput noxium mit einander handelten, bevor es zur noxae deditio kam. Wurden sie handelseinig, so habe man die Abmachung pacere, pacem condere genannt. Die ursprüngliche Bedeutung von pactum sei also nicht die eines Vertrags überhaupt, sondern die von pax, Frieden, nämlich Beilegung der Feindseligkeiten. Auch das deutsche Wort „Vertrag“ weise ursprünglich auf dieselbe Idee hin, nämlich auf die des „sich vertragens“. Diesen ursprünglichen Begriff von pactum, der also ein bereits bestehendes Rechtsverhältniss voraussetzt und ein Ablassen von einem der Strenge nach zuständigen Recht in sich schliesst, dürfe man für das römische Recht nie ausser Acht lassen. Hätte man ihn stets im Auge behalten, so würde die falsche Theorie von der nach späterem römischen Recht aus einem pactum entspringenden obligatio naturalis sich schwerlich so sehr eingenistet haben²⁾.

Dass wegen Erkenntniss dieser von Ihering angenommenen Bedeutung von pactum³⁾ die neuere Doctrin überwiegend sich gegen die Entstehung einer obligatio naturalis aus dem pactum erklärt hat, möchten wir bezweifeln; wenigstens sagt sie es nicht mit der genügenden Deutlichkeit. Wie dem auch sein

¹⁾ Geist d. r. R. 4. Aufl. Bd. I. S. 136. — ²⁾ Ihering a. a. O. N 45. — ³⁾ Auf welche übrigens schon Connanus, commentarii V. I und v. Völderndorff, zur Lehre vom Erlass S. 20. 30. aufmerksam gemacht haben.

möge, mir scheint diese Ansicht der neueren Doctrin ihrerseits falsch zu sein und ich möchte im Folgenden versuchen, einen Beitrag zur Befestigung der älteren zu liefern.

Um sogleich mit dem Argumente Iherings zu beginnen, so mag es wohl sein, dass pactum nach etymologischer Methode zunächst zu der von Ihering in den Vordergrund gestellten Bedeutung hinführt. Allein daraus folgt nichts für die Bedeutung, in welcher die römische Jurisprudenz das Wort verwendete. Gewiss ist, dass das pactum adjectum, soferne es die Rechte des einen Contrahenten steigert, nicht im Sinne eines „Ablassens von einem der Strenge nach zuständigen Rechte“ verstanden worden ist z. B. wo von *usurae quae et pacto naturaliter debebantur* die Rede war l. 5 § 2 D. 46. 3¹⁾. Auch lässt sich nicht sagen, dass ein bestehendes Rechtsverhältniss vorausgesetzt wurde, wo ein Contrahent *suae rei legem dicit*, wie bei dem pactum des extraneus, *si de suo daturus sit dotem* l. 20 § 1 D. 23. 4 und unbedenklich sprechen die Quellen von pactum hypothecae, auch wenn ein Nichtschuldner seine Sache dem Gläubiger eines andern verpfändet, obwohl doch der Dritte nichts von einem ihm der Strenge nach zuständigen Rechte gegen den Gläubiger ablässt, l. 4 cf. l. 5 § 2 D. 20. 1, ganz zu geschweigen von den durch Prätor und Kaiser im späteren römischen Rechte anerkannten klagbaren pacta, die so nicht genannt werden durften, wenn man nicht mit dem Worte einen von der etymologischen Wurzel unabhängigen Begriff verbunden hätte.

Der sprachlichen Ableitung von pactum kann daher wohl im Ernste irgend welche Beweiskraft gegen die Möglichkeit der Begründung einer naturalis obligatio nicht beigemessen werden. Von einer weiteren Prüfung dieses Argumentes ist deshalb im Folgenden abzusehen.

Als Donellus seine *commentarii de jure civili* schrieb, scheint es die überwiegende Ansicht gewesen zu sein, dass im römischen Rechte das pactum eine obligatio naturalis begründen konnte. Donellus selbst²⁾ theilte sie und erwähnt

¹⁾ Vgl. ferner l. 7 pr. D. 20. 5. — ²⁾ A. a. O. lib. XII. c. 2. §§ 6. 7.

als Dissidenten lediglich Eguinarius Baro und Franciscus Connanus. In den Noten zu Donellus, welche Hilliger in seiner Ausgabe der *opera omnia* Donelli beigefügt hat, finden wir Gifanius, A. Faber und Charondas als weitere Zeugen der entgegengesetzten Meinung angeführt. Wie die Noten des Heinrich Cocceii zu Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis* zeigen, vermehrt sich die Zahl der Gegner durch Cocceii, der seine Meinung ausführt in den *Disputationes de differentia pactorum et stipulationum Sectio I. disput. 40. fol. 1886.*

Doch behält die herrschende Meinung der Aelteren bis gegen die Mitte unseres Jahrhunderts das Uebergewicht ¹⁾, wenn gleich vereinzelte Stimmen ²⁾ für die Gegner sich vernehmen lassen. v. Savigny unternahm es, die herrschende Meinung mit neuer Energie zu vertheidigen. Aber der Kampf gegen diese Meinung kommt nicht mehr zur Ruhe, seit Holtius ³⁾ trefflich gerüstet auf die Seite der Gegner getreten war und

¹⁾ Vgl. Hugo Grotius' *de jure belli ac pacis* tom. II. lib. 2 c. 1—3; Heineccius, *elementa juris civilis* pars VI. § 381 Note * No. 1; Scipio Gentilis, *de donationibus inter virum et uxorem* lib. II. caput 15 (Neapoli 1765) S. 230 Z. 9 f. v. o.; Weber, *Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit* S. 345 ff.; Makeldey, *Lehrbuch des heutigen römischen Rechts* § 573; Schweppe, *römische Rechtsgeschichte* § 314; Mühlenbruch, *doctrina pandectarum* III § 599; Wening-Ingenheim, *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts* I § 223; Francke, *Abhandlungen* No. II S. 69; Reinhardt, *vermischte Aufsätze* S. 44; Thibaut, *System* 8. Aufl. §§ 464, 465; Büchel, *Erörterungen* S. 57 ff.; v. d. Pfordten, *Abhandlungen aus dem Pandektenrechte* S. 263 ff.; Schmidt v. Ilmenau in *Richters krit. Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft* Bd. 21 S. 26 ff.; v. Savigny, *Obligationenrecht* I. S. 53 ff.; v. Scheurl in der *Heidelberger kritischen Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft* Bd. I. S. 516; Puchta, *Pandekten*, § 237 Note f und Rudorff zu Note f; Keller, *Pandekten* S. 449; Vering, *Geschichte und Institutionen des röm. Privatrechts* 2. Aufl. S. 330 IV., und wie es scheint auch Böcking, *Pandekten des röm. Rechts* I § 106 Note 9. — ²⁾ Lelièvre, *quid est obl. naturalis*; v. Meyerfeldt, *die Lehre von den Schenkungen* I. S. 344 ff.; Rosshirt in der *Zeitschr. f. Civil- und Criminalrecht* Bd. I. S. 122 ff.; Liebe, *die Stipulation und das einfache Versprechen* S. 79 Anm. 1 und in *Linde's Zeitschr.* Bd. 15. S. 197 ff.; Gneist, *die formellen Verträge* S. 169 ff.; Schlesinger, *zur Lehre von den Formalkontrakten* S. 90; Girtanner, *die Stipulation* S. 401 ff.; Unterholzner, *Schuldverhältnisse* I. § 23. — ³⁾ *Abhandlungen civil- und handelsrechtlichen Inhalts*, übersetzt von Sutro S. 1 ff.

Brinz¹⁾ mit der ihm eigenen Feinheit der Quellenbehandlung ebenfalls die Entstehung einer *naturalis obligatio ex pacto* für grundsätzlich ausgeschlossen erklärt hatte. Unter den Neueren ist dies die herrschende Meinung geworden, welche abgesehen von Schwanert und Kuntze, die keine Ausnahme gelten lassen, nur im Zinspaktum eine Ausnahme erkennt²⁾.

Im Anschluss an die hier skizzierte Dogmengeschichte soll zuerst eine Uebersicht der für die *obligatio naturalis ex pacto* geltend gemachten Gründe versucht werden. Aus der Abwägung derselben und der alsdann zu erörternden Gegenstände wird sich zwar ergeben, dass nach dem bisher benützten Quellenmaterial ein abschliessendes Urtheil über die Frage nicht erzielbar ist; allein es soll sich mit Hülfe einiger bisher nicht in die Untersuchung gezogener Gesetzesstellen, wie ich glaube, der bestimmte Nachweis zu Gunsten der älteren Doctrin erbringen lassen.

I.

Das bisher zu Gunsten der *naturalis obligatio ex pacto* benützte Quellenmaterial möge hier zunächst vollständig zusammengestellt werden.

Im Vordergrunde steht: l. 5 § 2 D. 46. 3: Imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit, cum distractis pignoribus creditor pecuniam redigit: si sint usurae debitae et aliae indebitae, quod solvitur in usuras, ad utramque causam usurarum tam debitarum quam indebitarum pertinere: puta quaedam earum ex stipulatione, quaedam ex pacto naturaliter debebantur. si vero summa usurarum debitarum et non debitarum non eadem sit, aequaliter ad utramque causam proficit quod solutum est, non pro rata, ut verba rescripti ostendunt. sed si forte usurae

¹⁾ Krit. Blätter No. 3 S. 12 ff. — ²⁾ Vgl. Schwanert, die Naturalobligationen S. 123 ff.; v. Scheurl in der krit. Viertelj.-Schr. VI. S. 501 f. und Iherings Jahrb. Bd. VII. S. 343 ff.; Becker, Jahrbuch des gemeinen Rechts Bd. IV. S. 395 f.; Kuntze zu Holzschuher 3. Aufl. S. 7; Coursus des röm. Rechts. 2. Aufl. I § 643. II. S. 542; die Obligationen im röm. und heutigen Recht. S. 202 Note 4; Windscheid, Pand. § 289 Note 1 a. E. (6. Aufl.); Baron, Pand. § 230 III. (7. Aufl.) Unbestimmt Pernice, Labeo I. S. 404/5 und 414 f.; Zweifelnd Dernburg Pand. II § 5 No. 7 Note 13 und Hofmann, Entstehungsgründe der Obligation S. 31.

non sint debitae et quis simpliciter solverit, quas omnino non erat stipulatus, imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit, ut in sortem cedant. eidem autem rescripto ita subicitur: Quod generaliter constitutum est prius in usuras nummum solutum accepto ferendum, ad eas usuras videtur pertinere, quas debitor exsolvere cogitur: et sicut ex pacti conventionem datae repeti non possunt, ita proprio titulo non numeratae pro solutis ex arbitrio percipientis non habentur.

Hier wird zuerst der Fall unterstellt, dass ein Pfandgläubiger das Pfand verkauft und sich aus dem Erlöse bezahlt machen will. Es wird eine verzinsliche Schuld vorausgesetzt und angenommen, dass Zinsen theils durch Stipulation, theils durch pactum zugesagt waren. Von den letzteren heisst es, dass sie ein naturale debitum seien und eben deshalb werden sie geradezu als indebitae usurae den aus der Stipulation geschuldeten entgegengesetzt. Die Frage ist, ob der Gläubiger den Erlös aus dem Pfandverkaufe zur Befriedigung auch der naturaliter debitae usurae verwenden könne. Die Frage wird bejaht mit dem Beifügen, dass auch bei Ungleichheit der Summen beider Zinsarten die Vertheilung des Erlöses zu gleichen Hälften, nicht proportionell auf beide zu geschehen habe¹⁾.

In zweiter Linie wird die Frage aufgeworfen, wie es sich verhalte, wenn nur naturaliter usurae geschuldet waren, ein Pfand nicht bestellt war und der Schuldner nun eine zur Deckung von Kapital und usurae ex pacto nicht ausreichende Summe freiwillig zahlte. Diese Frage wird dahin beantwortet, dass alsdann die Zahlung aufs geschuldete Kapital anzurechnen sei. Als Grund der Entscheidung wird angegeben, dass ein auf die Fälle unzureichender Zahlung bei Mehrheit von Schulden an den nämlichen Gläubiger bezügliches Rescript von Severus und Caracalla vorschrieb: es solle die Zahlung zunächst auf die Zinsen nur dann angerechnet werden, wenn eine klagbare Zinsobligation bestehe (quas . . . exsolvere cogitur). Die nur ex pacto geschuldeten Zinsen könnten zwar, wenn gezahlt,

¹⁾ Was jedoch nur Sinn hat, wenn ein nicht einmal zur Deckung der gesamten Zinssumme ausreichender Erlös erzielt wurde.

nicht zurückgefordert werden; allein es stehe dem Empfänger einer Zahlung anderseits nicht frei, die Zahlung, wenn sie nicht ausdrücklich (*proprio titulo*) auf die Zinsen *ex pacto* erfolge, als auf dieselben geleistet zu behandeln.

Jedenfalls wird in dieser Stelle anerkannt, dass *usurae ex pacto* als *usurae naturaliter debitae* anzusehen seien, deren Rückgabe nicht verlangt werden könne, wenn sie gezahlt seien. Daraus wird denn nun das Vorhandensein einer *naturalis obligatio* auf Zinsen *ex pacto* geschlossen. Und wenn aus dem *Zinspactum* eine *naturalis obligatio* entstehe, das doch eine *res alioquin odiosa* sei, so müsse um so mehr aus anderen *pacta* eine *naturalis obligatio* entstehen¹⁾.

Die Entscheidung der l. 5 § 2 cit. wurde bestätigt durch l. 3 und 4 C. 4. 32; l. 22 C. eod. u. l. 11 § 3 D. 13. 7. l. 3: Severus et Antoninus Juliano Sergio. a. 200: *Quamvis usurae fenebris pecuniae citra vinculum stipulationis peti non possunt, tamen ex pacti conventionem solutae neque ut indebitae repetuntur neque in sortem accepto ferendae sunt.*

L. 4: Idem Aproniae Honoratae sine die et consule: *Per retentionem pignoris usuras servari posse, de quibus praestandis convenit, licet stipulatio interposita non sit, merito constitutum est, et rationem habet, cum pignora condicione pacti etiam usuris obstricta sint.* § 1 *Sed enim in causa de qua agis haec ratio cessat, si quidem tempore contractus de minoribus usuris petendis convenit, postea autem, cum se debitor praestaturum maiores repromisit, non potest videri rata retentio pignoris, quando eo tempore, quo instrumenta emittebantur, non convenerit, ut pignus etiam ad hanc adjectionem teneatur.*

l. 22 C. 4. 32. Diocletianus et Maximianus, sine die et consule: *Pignoribus quidem intervenientibus usurae, quae sine stipulatione peti non poterant, pacto retineri possunt. verum hoc iure constituto, cum huiusmodi nullo interposito pacto tantum certae summae poenam praestari convenisse proponas, nec peti nec retineri quicquam amplius et ad pignoris solutionem argueri te disciplina iuris perspicis.*

L. 11 § 3 D. 13. 7: Ulpianus libro 28. ad edictum. Si

¹⁾ Donellus a. a. O. § 6; v. Savigny, Obl. Recht. I. S. 54 f. 56 f.; v. d. Pfordten a. a. O. S. 263.

in sortem dumtaxat vel in usuras obstrictum est pignus, eo soluto propter quod obligatum est, locum habet pigneraticia. sive autem usurae in stipulatum sint deductae sive non, si tamen pignus et in eas obligatum fuit, quamdiu quid ex his debetur, pigneraticia cessabit

In l. 3 C. cit sei die repetitio der ex pacto gezahlten Zinsen mit *condictio indebiti* für unzulässig erklärt, ein Merkmal der *naturalis obligatio*¹⁾, in l. 4 u. 22 C. eodem und in l. 11 § 3 D. cit. aber sei die Verpfändung für *usurae ex pacto debitae* als wirksam anerkannt, mithin eine *naturalis obligatio ex pacto usurarum* nothwendig vorausgesetzt²⁾.

Allgemein finden manche Schriftsteller die *obligatio naturalis ex pacto* bestätigt in folgenden Stellen:

1) l. 7 § 4 D. 2. 14: *Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.*

2) l. 94 § 3 D. 46. 3: *Cum Titius Gaio Sejo deberet ex causa fideicommissi certam quantitatem et tantandem eidem ex alia causa, quae peti quidem non poterat, ex solutione autem petitionem non praestat, Titii servus actor absente domino solvit eam summam, quae efficeret ad quantitatem unius debiti cautumque est ei solutum ex universo credito: quaero, id quod solutum est in quam causam acceptum videtur: respondi, si quidem Titio Sejus ita cavisset, ut sibi solutum ex universo credito significaret, crediti appellatio solam fideicommissi pecuniam demonstrare videtur, non eam quae petitionem quidem non habet, solutione autem facta repeti non potest. cum vero servus Titii actor absente domino pecuniam solverit, ne dominium quidem nummorum in eam speciem obligationis, quae habuit auxilium exceptionis, translatum foret, si ex ea causa solutio facta proponeretur, quia non est vero simile dominum ad eam speciem solvendis pecuniis servum praeposuisse, quae solvi non debu-erunt*

1) Donellus a. a. O.; v. Savigny a. a. O. S. 55 Note g; Büchel a. a. O. S. 61. — 2) v. Savigny a. a. O. Note h; Schmidt von Ilmenau in Richters krit. Jahrbüchern Bd. 21. S. 29.

3) l. 84 § 1 D. 50. 17: Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus.

4) l. 1 p. D. 2. 14: Hujus edicti aequitas naturalis est. quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt, servare?

5) l. 95 § 4 D. 46. 3: Naturalis obligatio ut pecuniae numeratione, ita justo pacto vel jurejurando ipso jure tollitur, quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur: ideoque fidejussor quem pupillus dedit, ex istis causis liberari dicitur.

Donellus¹⁾ versteht den Satz der l. 7 § 4 D. 2. 14: „ideo nuda pactio obligationem non parit“ in dem Sinne, dass das pactum diejenige obligatio nicht erzeuge, quae proprie ita dicitur, eam scilicet, quae jure actionem parit; er hält den weiteren Satz: sed parit exceptionem für einen ausdrücklichen Beleg der naturalis obligatio. Denn damit sei gemeint, dass der naturalis creditor gegen die conditio des irrthümlich zahlenden naturalis debitor die exceptio pacti vel doli mali habe und sei dies der Fall, so müsse der solutio eine naturalis obligatio zu Grunde gelegen sein nach l. 10 D. 44. 7 und l. 19 p. D. 12. 6²⁾. v. Savigny hingegen will auf l. 7 § 4 cit. kein besonderes Gewicht legen, weil exceptio nicht der bezeichnende Ausdruck für die positiven Wirkungen der naturalis obligatio sei und weil parit exceptionem zunächst das pactum de non petendo bezeichnen könne³⁾, während wiederum Büchel⁴⁾ für die Auffassung des Donellus einen weiteren Stützpunkt in l. 94 § 3 D. cit. erblickt. Die Stelle soll den Gedanken zum Ausdruck bringen: die active Bedeutung der naturalis obligatio liege darin, dass sie zwar petitionem non habet, habet autem auxilium exceptionis, die passive Bedeutung darin, dass sie necessitatem solvendi non habet, ex solutione autem repetitionem non praebet⁴⁾.

Auf l. 84 § 1 D. 50. 17 beruft sich bereits v. d. Pfordten⁵⁾.

¹⁾ A. a. O. §§ 6 u. 7. — ²⁾ So auch Weber a. a. O. S. 345; Francke a. a. O.; Reinhardt a. a. O.; Thibaut a. a. O.; Büchel a. a. O. S. 65; Schmidt v. Ilmenau a. a. O. S. 28; v. d. Pfordten a. a. O. S. 263 u. 266; Böcking a. a. O. — ³⁾ v. Savigny a. a. O. S. 54 Note d. — ⁴⁾ A. a. O. S. 63, ebenso v. d. Pfordten a. a. O. S. 264. — ⁵⁾ A. a. S. 264.

v. Savigny¹⁾ erblickt in den Worten „cuius fidem secuti sumus“ gerade den Fall, dass sich die Parteien dem formlosen Verträge anvertrauen und für diesen Fall werde hier das „natura debet“ angenommen²⁾. Von l. 1 pr. D. 2. 14 aber meint v. Savigny³⁾, deutlicher als hier könne nicht gesagt werden, dass das *jus gentium* dem formlosen Verträge verbindliche Kraft beilege. Auch l. 95 § 4 D. cit. bezeugt nach v. Savigny⁴⁾ ausdrücklich, dass das formlose *pactum vinculo aequitatis sustinetur*, „also gewiss durch das *jus gentium*“.

6) l. 27 § 2 D. 2. 14: *Pactus ne peteret, postea convenit, ut peteret: prius pactum per posterius elidetur, non quidem ipso jure sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur: et ideo replicatione exceptio elidetur* cf. Gaius IV. 126⁵⁾.

7) l. 52 §§ 1. 2. D. 2. 14: *Si inter debitorem et eum qui fundum pignorat a creditore quasi debitoris negotium gereret emerit, placuit, ut habita compensatione fructuum solutoque quod reliquum deberetur, fundus debitori restitueretur: etiam heres pacto quod defunctus fecit, fidem praestare debet. — Pactum, ut si quas summas propter tributiones praedii pignori nexi factas creditor solvisset, a debitore reciperet, et ut tributa eiusdem praedii debitor penderet, iustum ideoque servandum est*⁶⁾.

8) l. 7 § 5 D. 2. 14: *Quin immo interdum format (scil. nuda pactio) ipsam actionem, ut in bonae fidei judiciis si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt: si ex intervallo, non inerunt nec valebunt, si agat (actor), ne ex pacto actio nascatur. ut puta post divortium convenit, ne tempore statuto dilationis dos reddatur, sed statim, hoc non valebit ne ex pacto actio nascatur: idem Marcellus scribit, et si in tutelae actione convenit, ut maiores quam statutae sunt usurae praestentur, locum non habebit, ne ex pacto actio nascatur sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones*⁷⁾.

¹⁾ A. a. O. S. 54 Note d. — ²⁾ Zustimmend Keller a. a. O. —

³⁾ A. a. O. S. 54 Note d. — ⁴⁾ Ebenda. — ⁵⁾ v. d. Pfordten a. a. O. —

⁶⁾ v. d. Pfordten a. a. O. — ⁷⁾ Weber a. a. O. S. 345 Anm. 1.

9) l. 45 D. 2. 14: Divisionis placitum nisi traditione vel stipulatione sumat effectum, ad actionem, ut nudum pactum, nulli prodesse poterit ¹⁾).

10) l. 7 § 7 D. 14 Ait praetor: Pacta conventa quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebis scita, senatus-consulta decreta edicta principum neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo ²⁾).

11) 41 D. 2. 14: „Intra illum diem debiti partem mihi si solveris, acceptum tibi residuum feram et te liberabo.“ licet actionem non habet, pacti tamen exceptionem competere debitori constituit ³⁾).

12) l. 27 §§ 6—8 D. 2. 14: Sed si stipulatus decem aut Stichum de decem pactus sim et petam Stichum aut decem: exceptionem pacti conventi in totum obstaturam . . . sed si id actum inter nos sit, ne decem mihi sed Stichus praestetur, possum efficaciter de Sticho agere, nulla exceptione opponenda (§ 6).

Sed si generaliter mihi hominem debeas et paciscar, ne Stichum petam: Stichum quidem petendo pacti exceptio mihi opponetur (§ 7).

Item si pactus, ne hereditatem peterem, singulas res ut heres petam, ex eo quod pactum erit, pacti conventi exceptio aptanda erit (§ 8)⁴⁾.

13) l. 6 D. 16. 2: Etiam quod natura debetur venit in compensationem ⁵⁾).

14) §§ 3 u. 9 l. 4. 13: sed quia iniquum est contra pactionem eum damnari, defenditur exceptione pacti conventi (§ 3). Perpetuae ac peremptoriae sunt, quae semper agentibus obstant, qualis est exceptio pacti conventi, cum ita convenerit, ne omnino pecunia peteretur ⁶⁾).

15) l. 15 D. 19. 5. Quod si solutum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob indicium hoc est, ut si indicasset, adprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur, videamus an possit agere? Et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri sed habet in

¹⁾ Weber a. a. O. — ²⁾ Weber a. a. O. — ³⁾ Weber a. a. O. —

⁴⁾ Weber a. a. O. — ⁵⁾ Weber a. a. O. — ⁶⁾ Weber a. a. O.

se negotium aliquod, ergo civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis¹⁾).

16) l. 7 C. 2. 3: . . . pacti conventionisque fides servanda est. quae si non servatur, ex stipulatu si modo pacto subjecta est, actio dabitur²⁾).

17) 8 C. 2. 3: Si pascenda pecora partiaria (id est, ut fetus eorum portionibus, quibus placuit, inter dominum et pastorem dividantur) Apollinarem suscepisse probabitur, fidem pacto praestare per iudicem compelletur³⁾).

18) 10 C. 2. 3: Legem, quam dixisti, cum dotem pro alumna dares, servari oportet. nec obesse tibi potuit, quod solet, ex pacto actionem non nasci: tunc enim hoc jure utimur cum pactum nudum est: alioquin cum pecunia datur et aliquid de reddenda ea convenit, utilis est condictio⁴⁾).

19) 27 C. 4. 55: Si tibi quae pro colonis conducti praedii prorogasti dominus fundi stipulanti dare spondit, competens iudex reddi tibi iubebit. nam si conventio placiti fine stetit, ex nudo pacto actionem iure nostro nasci non potuisse⁵⁾).

20) Paulus, sent. II. 14. 1: Si pactum nudum de praestandis usuris interpositum sit, nullius est momenti: ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur⁶⁾).

21) Paulus sent. I. 1. 1: De his rebus pacisci possumus de quibus transigere licet; ex his enim pacti obligatio solummodo nascitur⁷⁾).

Aus l. 27 § 2 D. 2. 14 (No. 6), 52 §§ 1 u. 2 D. eod. (No. 7), 7 u. 8 C. 2. 3 (No. 16 u. 17) wird von v. d. Pfordten abgeleitet, dass die exceptio pacti, von welcher in l. 7 § 4 D. 2. 14 (No. 1) die Rede ist, nicht auf das pactum de non petendo beschränkt werden dürfe, sondern auch das constitutive pactum mit umfasse. Das Gleiche will Weber aus l. 7 § 5; 45 D. 2. 14; 15 D. 19. 5; 10 C. 2. 3; 27 C. 4. 55; Paul. sent. II. 14. 1 (No. 8, 9, 15, 18, 19, 20), sowie aus l. 7 § 7 D. 2. 14; 41 D. cod.; 27 §§ 6—8 eod.; 6 D. 16. 2; §§ 3 u. 9 I. 4. 13 (No. 10—14) erweisen; in Paulus sent.

¹⁾ Weber a. a. O. — ²⁾ v. d. Pfordten a. a. O. — ³⁾ v. d. Pfordten a. a. O. — ⁴⁾ Weber a. a. O. — ⁵⁾ Weber a. a. O. — ⁶⁾ Weber a. a. O. — ⁷⁾ v. d. Pfordten, de obl. civ. in nat. transitu p. 11 n. r.

I. 1 § 1 endlich (No. 21) findet v. d. Pfordten¹⁾ die Anerkennung einer *pacti obligatio* ausdrücklich bezeugt.

Von all diesen Quellenzeugnissen kann entscheidendes Gewicht nur der I. 5 § 2 D. 46. 3 (oben S. 328); I. 3 u. 4 C. 4. 32; I. 22 C. eod. u. I. 11 § 3 D. 13. 7 (oben S. 330 f.) beigelegt werden.

Was zunächst I. 5 § 2 D. 46. 3 betrifft, so lässt sich allerdings nicht mit Erfolg bestreiten, dass hier eine *naturalis obligatio ex pacto usurarum* anerkannt ist. Auch Brinz²⁾, Schlesinger³⁾ und Girtanner⁴⁾, welche grundsätzlich die Möglichkeit der Entstehung einer *naturalis obligatio ex pacto* leugnen, geben dies zu. Diese Schriftsteller lehnen nur die Verallgemeinerung ab, indem sie für die *naturalis obligatio ex pacto usurarum* besondere, in anderen Fällen des *pactum* nicht zutreffende Gründe für die Anerkennung einer *naturalis obligatio* unterstellen. Schon Unterholzner⁵⁾ führt die Billigkeit als Grund der regelwidrigen Behandlung des *pactum usurarum* an, womit freilich wenig erklärt war. Brinz führt die Ausnahme auf den Nebenvertragscharakter dieses *pactum* zurück. Allerdings habe dieses *pactum* wohl zuerst nur die Wirkung einer *exceptio* gehabt gegenüber der *actio pignoratitia in personam directa*, an dieser befreienden Wirkung aber möge sich die Vorstellung von einer *naturalis obligatio* entwickelt haben. Girtanner sieht den Grund der Ausnahme darin, dass es beim Zinspactum nicht an einer *causa* der Zinsleistung fehle. Denn der Gläubiger habe den Genuss der *sors*, der Schuldner als Äquivalent die Zinsen geleistet: Stehenlassen des Capitals gegen Zinszahlung sei Inhalt der *conventio* gewesen; da man aber anderseits doch das *initium contractus* habe entscheiden lassen, so sei Klagbarkeit diesem *pactum* nicht verliehen worden.

Schwanert⁶⁾ hat die Begründung Girtanners für bedenklich erklärt; sein Bedenken muss getheilt werden nicht bloss deshalb, weil in unserer Stelle ganz allgemein gesagt wird, dass die *usurae ex pacto naturaliter debebantur*, mithin das

¹⁾ An dem Note 40 a. O. — ²⁾ Krit. Bl. a. a. O. S. 21. — ³⁾ Zur Lehre von den Formalcontracten S. 91. — ⁴⁾ Die Stipulation S. 401 Anm. 318 u. S. 415; vgl. auch Scheurl in der Krit. Viertelj.-Schr. Bd. VI S. 502. — ⁵⁾ A. a. O. Bd. I § 23. — ⁶⁾ A. a. O. S. 149 Anm. 39.

pactum als Grund des naturaliter deberi angeführt wird, ohne dass irgendwie auf das Objekt des pactum Gewicht gelegt wäre, sondern auch deshalb, weil das Stehenlassen des Capitals ohne jedes Aequivalent durch pactum de non petendo in tempus verabredet werden und einem bereits abgeschlossenen pactum dieser Art ein pactum usurarium doch noch hinzutreten kann. Ueberdies würde Girtanners Gedanke geradewegs zur Klagbarkeit des pactum usurarium führen, also über das Ziel hinausschiessen. Denn dass man doch wieder auf das initium contractus gesehen habe, ist eine ganz willkürliche Beweisführung. Ist nämlich das Stehenlassen der sors in der That als Vorleistung aufzufassen, als facere ut detur, so ist es auch eine von dem contractus mutui ganz unabhängige Leistung, ein negotium bona fide gestum, bezüglich dessen sich nicht erklären liesse, weshalb es nicht zur Begründung der actio praescriptis verbis hätte genügen sollen. Dass eine solche nicht entstand, zeigt, dass in dem Stehenlassen des Capitals eine neuerliche Leistung nicht zu erblicken war.

Aber auch aus der liberatorischen Wirkung des pactum kann sich die naturalis obligatio des Zinspactum nicht, wie Brinz meint, entwickelt haben. Denn diese Wirkung kam eben dem liberatorischen, nicht dem obligatorischen Pactum zu, wenn man nicht an die Compensationswirkung denken will, die wiederum die anfängliche Anerkennung der naturalis obligatio ex pacto voraussetzen würde. Zudem ist nicht wohl anzunehmen, dass sich aus dem Gedanken, man könne im Zinspactum ein pactum de non petendo pignore unter der Bedingung, dass Zinsen nicht bezahlt würden, erblicken, die obligirende Wirkung des Zinspactum entwickelt habe, da ja jene Annahme den ganz speciellen Fall unterstellt, wo für das Darlehen ein Pfand haftet.

Richtig ist allerdings, dass das Zinspactum eine Hauptschuld voraussetzt und sich hiedurch von anderen pacta unterscheidet. Wäre in l. 5 § 2 cit. auch nur ein entfernter Hinweis auf diese Eigenthümlichkeit des Zinspactum enthalten, so liesse sich aus dieser Stelle ein über das Zinspactum hinausgehender Schluss nicht rechtfertigen. Da solches jedoch nicht der Fall ist, so liegt der Schluss jedenfalls sehr nahe. Will man aber auch denselben nicht für zulässig halten, so sollte

man doch einräumen, dass eine *naturalis obligatio ex pacto usurarum* bezeugt ist. Auch dies wird von Holtius, Schwanert und Kuntze geleugnet. Freilich können sie nicht bestreiten, dass in l. 5 cit. von einem *naturaliter debere ex pacto usurarum* die Rede sei. Allein *naturaliter debere* bedeutet ihnen nicht nothwendig die *naturalis obligatio*. Sie unterscheiden ein *naturaliter debere* ohne obligatorische *causa* von der *obligatio naturalis*. Die letztere ist ihnen stets die Folge eines rechtsgültigen Obligationsactes, einer *causa obligandi*, welcher jedoch ein die Erzeugung der *actio* ausschliessendes besonderes Hinderniss entgegensteht. Jenes erstere *naturaliter debere* bezeichne dagegen „Pflichten, die solche nach anderen als rechtlichen „Grundsätzen sind und daher auch im Rechte jeder positiven „Anerkennung entbehren, im Rechte höchstens insoferne in „Betracht kommen, als das Recht seine Behauptung der Nicht- „existenz eines *debiti* nicht geltend macht gegenüber der ohne „sein Zuthun geschehenen Erfüllung desselben.“ Dahin rechnen sie das *naturale debitum* der Leistung von *operae officiales* Seitens des *libertus* an den Patron, das *naturale debitum ex pacto*, das *naturale debitum ad remunerandum* gegenüber dem Schenker und das der Frau zur Bestellung einer *dos*.

Es würde über den Rahmen dieser Betrachtung hinausgehen, wollte sie zu einer Untersuchung des Wesens und der Geschichte der *Naturalobligation* sich ausdehnen. Doch kann eine doppelte Bemerkung nicht zurückgehalten werden. Zuerst nämlich scheinen uns Pflichten, die für das Recht überhaupt in Betracht kommen, sei es auch nur insoferne als es ihrer freiwilligen Erfüllung gegenüber seine Behauptung der Nichtexistenz eines *debitum* nicht geltend macht, der positiven Anerkennung im Rechte nicht zu entbehren, sondern dieselbe in dem angegebenen Umfange zu geniessen. Eben deshalb aber muss das genannte *debitum ad remunerandum* von den übrigen erwähnten Fällen der *naturalia debita* völlig ausgeschieden werden, obwohl gerade hiefür einmal die Wendung *ad remunerandum sibi aliquem obligare* vorkommt¹⁾; denn es handelt sich überall da, wo von einem *naturale debitum ad*

¹⁾ L. 25 § 11 D. 5. 3.

remunerandum gesprochen wird, um eine Rechtspflicht nach keiner Richtung.

Zum Zweiten aber kann man sehr wohl zugeben, dass die naturalis obligatio eine causa obligandi erfordert, ohne dass man genöthigt wäre, in dem naturale debitum des libertus und in dem der Frau zur Dosbestellung eine solche causa zu vermissen. Denn causae obligandi sind nach römischem Rechte nicht bloss Contracte und Delicte, sondern auch variae causarum figurae, für die es keinen gemeinsamen principiellen Gesichtspunkt giebt. Weshalb sollte nicht die Freilassung oder die Eingehung der Ehe zu diesen mehr oder minder willkürlichen variae causarum figurae zählen können? Dass freilich die causa ohne das Hinderniss des concreten Falles eine actio erzeugen musste, wäre ein Kriterium der naturalis obligatio, welches in den beiden besprochenen Fällen nicht zuträfe; allein dass nur bei Existenz eines derartigen Hindernisses von naturalis obligatio die Rede sein könne, und insbesondere, dass irgend ein theoretisches oder practisches Bedürfniss bestehe, diese Fälle als obligationes naturales von den naturalia debita zu unterscheiden, ist trotz der Ausführungen von Holtius, Brinz, Schwanert und ihren Nachfolgern nicht erwiesen geschweige denn in der Literatur anerkannt und mit Recht scheint mir Hofmann¹⁾ auf die Schwierigkeit des Streits über das Gebiet der Naturalobligation hinzuweisen, so lange sie nicht ein Begriff von feststehendem Inhalt ist²⁾.

Aber selbst wenn sich mit Schwanert unterscheiden liesse, so müsste doch behauptet werden, dass das naturale debitum ex pacto usurarum nicht lediglich die Bedeutung des Ausschlusses einer conditio indebiti habe. Denn die weiter angeführten Stellen liefern den Beweis, dass dieses naturale debitum auch die Grundlage einer giltigen Pfandbestellung bildet. Könnte man auch annehmen, dass in l. 5 § 2 D. cit. selbst nur eine Pfandbestellung für die daselbst erwähnten stipulirten Zinsen gemeint sei³⁾, so würde doch dieser Ein-

¹⁾ Die Entstehungsgründe der Obligationen S. 31. — ²⁾ Vgl. auch Arndts, Pand. § 217 Anm. 7; Dernburg, Pand. 2. Aufl. Bd. II §§ 4 u. 5. — ³⁾ Womit schwer vereinbar ist, dass der Gläubiger auch für die pactirten Zinsen aus dem Erlöse sich wider Willen des debitor bezahlt machen darf. cf. Schwanert selbst S. 140 Note 33.

wand sich nicht gegen l. 11 § 3 D. 13. 7 (s. oben S. 330 f.) erheben lassen. Denn gesetzt auch, es wäre hier eine Pfandbestellung für *usurae ex pacto* nur mit der Wirkung anerkannt, das Pfand bis zur Zahlung der *usurae ex pacto debitae* zu retiniren und also ohne die Wirkung der *actio hypothecaria* und des *jus distrahendi*¹⁾, so läge doch immerhin eine Pfandbestellung vor, die ohne *obligatio* nicht möglich wäre. Allein eine derartig beschränkte Wirkung der Pfandbestellung ist in unserer Stelle mit keiner Silbe angedeutet. Sie bedient sich im Gegentheil jener technischen Fassung, mit der auch sonst die Begründung eines vollwirksamen Pfandrechts ausgedrückt wird: *pignus obligatum est* (cf. Tit. Dig. 20. 1)²⁾. Wenn aber die Wirkung des Pfandes nur mit Rücksicht auf die Retention des Pfandes untersucht wird, so liegt der Grund einfach darin, dass die Stelle im Titel *de actione pigneraticia* lediglich den Zweck verfolgt, die Voraussetzungen dieser Klage zu erörtern. So wenig beispielsweise in l. 9 § 4 D. 13. 7 lediglich ein Retentionsrecht angenommen werden darf, weil die Zahlung als Voraussetzung der *actio pigneraticia* angeführt wird, ebenso wenig geht dies in l. 11 § 3 D. cit. an³⁾.

Aus gleichem Grunde darf l. 4 C. 4. 32 (oben S. 330) nicht zum Beweise dafür verwendet werden, dass wegen einer Zinsschuld *ex pacto* das für dieselbe haftende Pfand nur retinirt werden könnte, obwohl auch dann noch eine Pfandbestellung mit beschränkter Wirkung für *usurae naturaliter ex pacto debitae* übrig bliebe. L. 4. cit. will als Rescript die Anfrage beantworten, ob wegen solcher *usurae retentio pignoris* zulässig sei. Es lag kein Anlass vor, darüber zu entscheiden, ob das

¹⁾ Schwanert a. a. O. S. 144. — ²⁾ Vgl. wegen *obstrictum est* l. 2 C. 9. 34 und Scheurl, krit. Viertelj.-Schr. Bd. VI. S. 502. — ³⁾ Man beachte ferner, dass l. 11 § 3 aus Ulpianus libro 28. ad edictum entnommen ist, mithin demselben Werke, dem l. 9 entstammt, in welcher Ulpian sichtlich den Gedanken entwickeln will, dass die ganze Pfandschuld getilgt sein müsse, damit das Pfand frei werde (l. 9 § 3), so dass l. 11 § 3 in Ausführung dieses Gedankens nur hervorheben will, dass zur Pfandschuld auch die Zinsschuld gehört ohne Unterschied zwischen stipulirten und pactirten Zinsen. Nimmt man dazu l. 8 § 5: . . . *pignus . . . non solum ob sortem venire poterit, sed ob cetera quoque veluti usuras . . .*, so scheint es doch ganz willkürlich, das *jus vendendi* auf stipulirte Zinsen beschränken zu wollen.

Pfand, wenn es retinirt werden durfte, auch distrahirt werden konnte; das war vom Standpunkte der Compilation selbstverständlich¹⁾, cum pignora conventione pacti etiam usuris obstricta sunt. Trotz Bejahung der gestellten Frage erklärt das Rescript die retentio pignoris im concreten Falle für unzulässig, weil der Pfandcontract sich nicht auf die jetzt allein noch geschuldeten, später versprochenen, höheren Zinsen bezogen habe. Dass die Entscheidung kein Gewicht auf die Frage legen wollte, ob die Zinsen durch pactum oder durch stipulatio versprochen waren, ergibt sich aus der Unterstellung von stipulirten Zinsen im eigentlich dispositiven Theile der Stelle (cum se debitor praestaturum majores repromisit). Schon deshalb kann nicht angenommen werden, dass vom Standpunkte der justinianischen Dogmatik aus nur ein Retentionsrecht am Pfande wegen unbezahlter Zinsen bejaht werden wollte.

Ob die Worte merito constitutum est die Entscheidung im ersten Theile der Stelle auf eine kaiserliche Constitution gründen wollen, wie Schwanert annimmt, ist keineswegs ausgemacht. Constitutum est kann, wie Dirksen s. v. constituere ansehen lässt, sehr wohl bedeuten: es ist Rechtens geworden, ist eingeführt worden, aber auch: es ist entschieden worden. Letztere Bedeutung der Worte würde zu der Annahme führen, dass die Kaiser als Appellationsinstanz das Rescript erlassen hätten. Wie dem auch sei, der Sinn der Constitution im ganzen ist folgender: Das für eine Capital- und eine Zinsschuld bestellte Pfand kann vom Gläubiger nach Zahlung der ersteren retinirt werden, mögen die Zinsen auch nicht stipulirt worden sein. Aber in dem vorliegenden Falle findet eine Berufung auf diesen Satz in wirksamer Weise nicht statt, weil es sich zwar um stipulirte Zinsen handelt, der Pfandvertrag aber auf dieselben sich nicht bezog.

In l. 22 C. 4. 32 (oben S. 330) ist zuvörderst ausge-

¹⁾ Vom Standpunkte der rescribirenden Kaiser mochte vielleicht wirklich nur die Retention zugelassen werden sollen. Denn ihre Regierungszeit war gerade die Periode, in der sich erst der Rechtssatz von dem jus distrahendi pignoris ohne pactum distrahendi ausgebildet hat. Die Constitution könnte daher einer Zeit angehören, in der diese Entwicklung noch nicht vollendet war.

sprochen, nicht dass eine Retention des Pfandes wegen bloss pactirter Zinsen stattfinde, wie wiederum Schwanert¹⁾ annimmt, sondern dass die pactirten Zinsen *pignoribus intervenientibus* retinirt werden können d. h. nicht dass sie durch Retention des Pfandes erlangt werden können²⁾, sondern dass sie selbst aus dem Erlöse des Pfandes zurückbehalten werden dürfen. Im zweiten Theile wird dagegen jede Pfandhaftung für eine Conventionalstrafe abgelehnt, *cum huiusmodi nullo interposito pacto tantummodo convenisse proponas*. Der Entscheidungsgrund liegt somit hier in dem Fehlen eines *huiusmodi pactum*. Das kann nicht sein ein obligatorisches pactum; denn ein solches wäre ja in der Poenalconvention vorhanden; es bleibt nichts übrig, als das *pactum hypothecae*, welches auch mit dem erstmaligen pacto gemeint sein muss. Dadurch gewinnt auch der ganze Inhalt der Stelle vollkommenen Zusammenhang. Sie sagt alsdann: Zwar kann man Zinsen ohne Stipulation nicht einklagen; aber man kann sie, wenn Pfänder bestellt sind, auf Grund des *pactum hypothecae* durch Retention des Erlöses erhalten. Wenn jedoch für ein Strafpactum ein Pfandvertrag nicht in Mitte liegt, so kann weder geklagt noch etwas weiteres (scil. ausser dem Betrag der Hauptforderung) zurückbehalten werden und du siehst ein, dass du das für die Hauptforderung haftende Pfand zurückzugeben mit Recht gezwungen wirst d. h. dass du nicht berechtigt bist, das Pfand wegen der Conventionalstrafe zu veräussern und aus dem Erlöse ihren Betrag zurückzuhalten.

Sollte aber die Stelle in ihrem ersten Theile so zu verstehen sein, dass der Zinsenanspruch *ex pacto* durch Retention des Pfandes geltend gemacht werden könne, so würde auch daraus nicht folgen, dass das Pfandrecht auf Retention beschränkt sei. Denn man hat auch hier ein Rescript vor sich erlassen auf die Anfrage, ob für das debitum aus einem Strafpactum das wegen der Hauptschuld haftende Pfand nach Tilgung derselben ebenso zurückbehalten werden könne, wie für das debitum aus einem Zinspactum das wegen der Capitalschuld gegebene Pfand nach Tilgung der letzteren. Die Antwort

¹⁾ A. n. O. S. 146. — ²⁾ Wenn gleich die Basiliken XXIII. 3 c. 70 von dieser Auffassung ausgehen.

der Kaiser lautete: Auch für die pactirte Zinsschuld haftet das Pfand nach Tilgung der Capitalschuld nur, wenn es für die Zinsschuld mit bestellt wurde. Wo aber, wie im vorgelegten Falle die Verpfändung für die pactirte Conventionalstrafe nicht stattgefunden hat, kann auch eine Pfandhaftung nicht Platz greifen. Mithin steht dem Gläubiger aus dem Strafpactum keinerlei Zwang gegen die Schuldner zu; denn eine actio ex pacto ist ohnehin ausgeschlossen. Die actio pigneraticia auf Rückgabe des Pfandes ist für den Schuldner begründet.

Ob und welche Beweiskraft der l. 21 C. 4. 32 für oder gegen die naturalis obligatio ex pacto usurarum zukomme, scheint mir sehr zweifelhaft. Diese von Schwanert¹⁾ in die Erörterung gezogene Stelle lautet:

Impp. Diocletianus et Maximianus Chresimoni: Si usuras praestari pignore dato convenerat et in continenti, numeratione facta, postea vel ante, propter quod debitum solutionem feceras, non designasti, habuit creditor in usuras tibi acceptoferendae solutae quantitatis facultatem.

Vor allem ist fraglich, ob eine Zinsstipulation oder ein pactum de praestandis usuris anzunehmen sei.

Schwanert hält letzteres für geboten, weil bei stipulirten Zinsen schon nach der allgemeinen Regel Anrechnung des Gezahlten zuerst auf die Zinsschuld stattfinden müsse, wenn nichts anderes bestimmt wurde. Dieser Grund ist jedoch nicht ausschlaggebend, da nichts der Annahme im Wege steht, dass die Kaiser eben diese Regel zur Anwendung bringen wollten. In dem Basilikentexte²⁾ wird daher schlechthin von einem debitor sortis et usurarum gesprochen; erst κατὰ πόδας findet sich die Erläuterung: ponit usuras ex pacto debitas. Wäre dies richtig, so bedürfe es der künstlichen Interpretation Schwanerts zur Vermeidung eines Widerspruchs gegenüber l. 5 § 2 D. 46. 3 keineswegs. Schwanert geht von der Voraussetzung aus, es sei laut l. 5 § 2. cit. die Regel, dass gezahlte usurae ex pacto, falls der Schuldner bei der Zahlung keine Bestimmung trifft, auf das Capital anzurechnen wären. Die nach seiner Meinung von der Regel abweichende Entscheidung in l. 21 könne nur darin begründet sein, dass die

¹⁾ A. a. O. S. 146. — ²⁾ Bas. XXIII. 3. 69.

unmittelbare (in continenti) Verbindung der Zahlung mit der *datio pignoris* als eine Bezugnahme auf die dabei erwähnte Zinsschuld gelten solle ¹⁾).

Hiebei übersieht aber Schwanert, dass die Regel in l. 5 § 2 D. cit., wonach bei unzureichender Zahlung das Gezahlte aufs Capital und nicht auf die pactirten Zinsen angerechnet werden muss, die Nichtexistenz eines Pfandes für die Zinsen voraussetzt. Denn l. 5 § 2 unterscheidet das *simpliciter solvere* des Schuldners von dem *pecuniam redigere distractis pignoribus*, wie denn auch Schwanert selbst an anderer Stelle ²⁾ zugiebt, dass von der Bestimmung des Schuldners die *solutio der usurae ex pacto* dann unabhängig sei, wenn der Gläubiger ein Pfand habe und aus dessen Erlös sich bezahlt mache. Es lässt sich aber nicht absehen, weshalb es einen Unterschied machen sollte, ob das Pfand *distrahirt* und der Erlös *vereinahmt* oder vom Schuldner zur Entlastung des Pfandes freiwillig gezahlt wird. Demnach stände l. 21 durchaus mit der Regel im Einklange auch bei Annahme eines *Zinspactum*. Auch die Worte *in continenti* finden ihre befriedigende Erklärung, wenn man sie nur richtig auf *non designasti* bezieht, also mit Krüger ein Komma hinter *continenti* setzt. Dann wird als Bedingung für die Wirksamkeit der *Designation* Seitens des zahlenden Schuldners aufgestellt, dass er *numeratione facta* sich *postea vel ante in continenti* erkläre, wie er die Zahlung verrechnet zu sehen wünscht. In jedem Falle würde l. 21 bei Unterstellung einer Pfandbestellung für pactirte Zinsen ein Beleg dafür sein, dass das Pfandrecht nicht bloss ein Retentionsrecht, sondern auch ein Dispositionsrecht über die Verwendung des Gezahlten gewährte.

Das Ergebniss dieser Quellenbetrachtung besteht also doch in der Nothwendigkeit anzuerkennen, dass die Pfandbestellung für *usurae ex pacto debita*e zugelassen war, woraus, wie auch

¹⁾ Schwanert denkt sich die unmittelbare Verbindung so, dass „ein Pfand gegeben und die Zahlung in continenti vor- oder nachher gemacht ist.“ Allein wenn dabei die Zinsschuld erwähnt wurde, so konnte doch nicht gesagt werden; *si non designasti* und wenn sie gar bezahlt wurde, so konnte unmöglich noch eine Wahl zwischen Aufrechnung auf Zins- oder Capitalschuld stattfinden. — ²⁾ S. 143 f.

Schwanert¹⁾ zugeben muss, der Schluss auf eine naturalis obligatio ex pacto usurarum geboten wäre. Daran kann nichts ändern, dass in l. 5 § 2 D. 46. 3 diese usurae u. a. auch usurae indebitae genannt werden und es geht nicht an, mit l. 26 pr. D. 12. 6 beweisen zu wollen, dass überhaupt usurae indebitae solutae nicht condicirt werden könnten. Denn sind usurae indebitae in l. 5 § 2 cit. = usurae naturaliter ex pacto debitaе, so kann mit dem gleichen Rechte behauptet werden, dass in l. 26 cit. unter den indebitae usurae nur usurae naturaliter debitaе verstanden sind²⁾. Dass aber in den angeführten kaiserlichen Rescripten die Pfandbestellung für usurae ex pacto durch Bezugnahme auf besondere Rechtsbestimmung motivirt sei, was überflüssig gewesen wäre, wenn das pactum usurarium eine Naturalobligation hervorbrächte³⁾, trifft nicht zu. Denn merito constitutum und jure constituto in l. 4. u. 22 C. 4. 32 zeugen durchaus nicht für ein neues Constitutionenrecht, wie oben schon dargelegt wurde, sondern können sehr wohl nur die Thatsache bekunden, dass die dort anerkannten Sätze Recht geworden sind. Damit fallen denn auch alle weiteren Schlussfolgerungen Schwanerts⁴⁾ über den Inhalt des angeblich besonderen jus constitutum, der im Grunde nur die Exceptionswirkung des pactum anerkannt habe und nur insoferne über dieselbe hinausgegangen sei, als er die pigneraticia actio in personam ipso jure ausschloss, so lange die usurae ex pacto nicht bezahlt waren.

Nach allem dem kann auch l. 3 C. 4. 32 (oben S. 330) als Zeugniß für die naturalis obligatio ex pacto usurarum in Anspruch genommen werden. Denn sie bestätigt den Ausschluss der condictio indebiti wegen usurae ex pacto solutae und ihrer Anrechnung auf das Capital in demselben Sinne wie l. 5 § 2 D. 46. 3.

Nun führt Schwanert schliesslich als Argument gegen die naturalis obligatio ex pacto usurarum noch die l. un. C. 8. 27 an:

Imp. Gordianus A. Festo: Pignus intercidit, si novatione

¹⁾ A. a. O. S. 147. — ²⁾ Vgl. auch Dernburg, Pand. 2. Aufl. II §. Daneben Windscheid, Pand. § 289 Note 1 in der Mitte. — ³⁾ Schwanert a. a. O. S. 147. — ⁴⁾ A. a. O. S. 147—149.

facta in alium jus obligationis transtulisti nec, ut ea res pignoris nomine teneretur, cautum est. § 1 Quod si pactum inter te eumque, qui postea dominus fundi constitutus novam obligationem suscepit, intercessit, ut idem fundus tibi pignoris nomine teneatur, quamvis personali actione expertus feceris condemnationem, pignoris tamen habes persecutionem. Ac si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris. iure enim contendis debitores eam solam pecuniam, cuius nomine pignora obligaverunt offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satis fecerint, quam mutuam simpliciter acceperint a. 239.

Schwanert macht Angesichts dieses Gesetzes geltend:

a) Wenn das pactum usurarium wirklich eine obligatio naturalis erzeugt hätte, so hätte nach l. un. cit. die actio pigneraticia cessiren müssen, auch wenn das Pfand lediglich für die Capitalschuld bestellt war. Nun spreche aber l. 11 § 3 D. 13. 7 das gerade Gegentheil aus (oben S. 330 f.).

b) Unter der gleichen Voraussetzung müsste auch wegen der Zinsen, welche erst nach geschehener Verpfändung versprochen wären, die retentio pignoris stattfinden im Widerspruche mit l. 4 C. 4. 32.

c) In l. 22 C. 4. 32 müsste das letztgenannte pactum, auf welches das Pfand nicht mit bezogen worden, ebensogut wie das erste zu dieser Retention berechtigen.

Dagegen ist jedoch einzuwenden:

ad. a) Nach l. un. C. 8. 27 ist gegen die actio pigneraticia die exceptio doli begründet; in l. 11 § 3 D. 13. 7 dagegen heisst es: pigneraticia cessabit d. h. die Klage ist ipso jure unbegründet, weil eben die Pfandschuld nicht völlig getilgt ist¹⁾.

ad. b) Dieses Argument überschiesst sein Ziel; denn die später versprochenen Zinsen wären usurae repromissae, nicht usurae ex pacto. Demnach muss die um etwa 39 Jahre ältere l. 4 C. 4. 32 im Zusammenhalte mit l. un. C. cit.

¹⁾ Vgl. auch Schenk, die Lehre vom Retentionsrecht S. 245 ff.

historisch vereinigt werden, was durchaus nicht als problematischer Nothbehelf angesehen werden darf.

ad. c) Die historische Auslegung ist hier unmöglich; denn l. 22 C. 4. 32 ist jünger als l. un. cit. Für zu schlicht erachte ich auch die Erklärung Dernburgs¹⁾, der wegen mangelnder Zinsschuld und Vangerows²⁾, der wegen mangelnder Schuld überhaupt die Retention für ausgeschlossen hält. Sagt doch das Rescript mit aller Deutlichkeit, dass *certae summae poenam praestari convenisse* und dass für die Hauptschuld Pfänder bestellt waren, während nach l. un. C. auch wegen derjenigen debita Retention stattfindet, für welche die Pfänder nicht bestellt waren. Nimmt man nun an, dass die pactirte Strafe ein *debitum* war, wie die pactirten *usurae*, so konnte zwar nicht eine *retentio* auf Grund der (für die *poena* nicht geschehenen) Verpfändung, wohl aber gemäss Gordians Constitution als zulässig erklärt werden. Für die Ablehnung der Retention in l. 22 cit. muss daher allerdings ein besonderer Grund vorgelegen haben. Nach meiner Meinung liegt derselbe in der Gordianischen Constitution selbst. Wie man nämlich auch über ihren Umfang denken mag³⁾, so steht doch fest, dass eine Billigkeitsrücksicht zu Grunde liegt (*exceptio doli*). Der Pfandgläubiger, der gegen denselben Schuldner noch weitere Forderungen ausser der Pfandforderung hat, soll nicht restituieren müssen, ohne dass diese anderen Forderungen gedeckt sind, falls in dem Verlangen der Pfandrestitution ohnedies ein *dolus* des Pfandschuldners liegen würde. In l. 22 C. wird angenommen, dass eine *poena pactirt* war für den Fall der Nichterfüllung oder nicht rechtzeitiger Erfüllung der Obligation, dass für letztere ein Pfand haftete, nicht aber für die pactirte Strafe und dass nach Verfall der pactirten Strafe⁴⁾ erst die Obligation erfüllt wurde. In solchem Falle lag ein *dolus* des Pfandschuldners nicht im Begehren der Restitution ohne

¹⁾ Pfandrecht I S. 557 Note 15. — ²⁾ Pand. I S. 864. — ³⁾ cf. Vangerow a. a. O. S. 864 f. — ⁴⁾ Zu der Annahme, dass *poena* verfallen war, nöthigt der Umstand, dass das Gesetz die *retentio pignoris* abweist, weil es für die Strafe nicht bestellt war. Wäre die Strafe gar nicht verfallen, so konnte auch bei Pfandbestellung für die Strafe selbstverständlich keine *retentio* stattfinden, da dann die Forderung für das Pfand gefehlt hätte.

Zahlung der noch dazu unklagbaren poena; im Gegentheil handelte es sich hier um ein Verlangen des Gläubigers, durch die poena sich auf Kosten des Schuldners zu bereichern¹⁾.

Aus dem Quellenmaterial, welches nicht speciell von dem pactum usurarium handelt, hat man zuweilen der Stelle von Paulus rec. sent. I. 1. 1. eine grosse Bedeutung beigelegt (oben S. 335 No. 21), während sie andere für corruptirt halten, insonderheit anstatt pacti obligatio pacti exceptio als allein möglichen Text erachten²⁾. Für die Annahme einer Corruption der Stelle scheinen mir genügende Gründe nicht zu bestehen. Die Gleichstellung des pactum mit der transactio legt zwar den Gedanken an die exceptio pacti de non petendo nahe, allein sie schliesst die obligatio pacti nicht aus; auch das enim der Stelle erklärt sich nicht besser³⁾, wenn man exceptio statt obligatio setzt. Immerhin kann der Ausdruck pacti obligatio lediglich die Gebundenheit bedeuten, welche durch das pactum eintritt und es steht bei dieser Bedeutung dahin, wie die Gebundenheit wirkt d. h. ob die Wirkung über die Erzeugung einer exceptio hinausgeht oder nicht⁴⁾.

Weit mehr ins Gewicht zu fallen scheinen mir jene Quellenstellen, welche betonen, dass das pactum zwar keine actio, wohl aber eine exceptio erzeuge (oben No. 1; 6—20). Denn wenn auch exceptio nicht der charakteristische Ausdruck für naturalis obligatio ist, so lässt sich doch anderseits nicht verkennen, dass zur Ablehnung der Meinung, das pactum de non petendo begründe keine actio, keinerlei Anlass bestand. Auf diesen Gedanken konnte ohnehin Niemand verfallen. Wenn daher wiederholt die Entstehung der actio ex pacto geleugnet, die der exceptio constatirt wird, so kann damit,

¹⁾ Vgl. auch Langfeld, die Lehre vom Retentionsrecht S. 76 f. —

²⁾ Vgl. Brinz a. a. O. S. 23 Anm. 34; Holtius a. a. O. S. 13 f.; Schwanert a. a. O. S. 138 f. — ³⁾ Wie Schwanert meint. — ⁴⁾ Dass der weitere Satz „omne pactum posteriore pacto dissolvitur licet pariat exceptionem“, wie er im Breviarium sich findet, der l. 27 § 2 D. 2. 14 nicht widerspricht, hat schon Schwanert a. a. O. S. 138 Note 28 gegen Holtius gezeigt. Durch die Ergänzung auf Grund der consultatio 4, 4 (cf. Paul. I. 1. 2 bei Huschke, jurispr.) wird dies ausser Zweifel gestellt.

soweit an das constitutive pactum gedacht wird, nur gemeint sein, dass seine Wirkung sich lediglich in der exceptio doli (nach neuerem Rechte exceptio compensationis) äussern könne¹⁾. Der dolus des Klägers liesse sich dann aber nur mit der Behauptung begründen, dass er fordere, obwohl er selbst schuldig sei d. h. mit der Bezugnahme auf eine zwar nicht mit actio verfolgbare, aber doch bestehende obligatio.

Wenn ich trotzdem auf diese Erscheinung kein entscheidendes Gewicht lege, so geschieht dies, weil die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, dass in den angezogenen Quellenzeugnissen die actio ex pacto geleugnet und daneben daran erinnert werden wollte, dass ein pactum als pactum de non petendo doch eine wichtige Wirkung, nämlich die einer exceptio haben könne.

Dieser Gedanke kann wohl auch der l. 7 § 5 in fine D. 2. 14 zu Grunde liegen (oben S. 333 No. 8)²⁾.

Für völlig unerheblich müssen l. 84 § 1 D. 50. 17; l. 1 p. D. 2. 14 u. l. 95 § 4 D. 46. 3 angesehen werden (oben S. 331 f. No. 3—5). „Die Gründe gegen die Beweiskraft dieser Stellen sind längst von anderen erschöpfend behandelt worden, so dass es genügt darauf zu verweisen³⁾).

Das Gleiche endlich ist von l. 94 § 3 D. 46. 3 (oben S. 331 No. 2) zu sagen, auf welche sich Büchel⁴⁾ und v. d. Pfordten⁵⁾ berufen. Brinz⁶⁾ hat mit Recht ausgeführt, dass die Worte: obligatio quae habet auxilium exceptionis anzeigen, dass es

¹⁾ Dabei ist es keineswegs nothwendig, mit Donellus und Späteren, an die Entgegensetzung der exceptio gegenüber der conditio indebiti zu denken, so dass die Ansicht, es sei die letztere ipso jure nicht begründet, ganz wohl mit unserer Meinung sich verträgt. — ²⁾ Hier wird dem Satze: locum non habebit (scil. pactum), ne ex pacto actio nascatur der andere entgegengestellt: sed ex parte rei locum habebit pactum, quia etc. Es erscheint unverständlich, wie Pernice, Labeo I. S. 414/15, die letzten Worte übersetzen konnte mit: theilweise (ex parte) habe das pactum die sonst allein der körperlichen Uebergabe der Sache zukommende Wirkung (rei locum), da sie doch im Gegensatz zu ne actio nascatur (i. e. ex parte actionis) locum non habet offenbar sagen wollen, ex parte rei (i. e. ut reo exceptio nascatur) locum habebit. — ³⁾ Holtius a. a. O. S. 3; Brinz a. a. O. S. 17 ff.; Schwanert a. a. O. S. 133. 134. 136. — ⁴⁾ A. a. O. S. 63. — ⁵⁾ A. a. O. S. 264. — ⁶⁾ A. a. O. S. 18 Note 26.

sich um eine obligatio handelt, welche deshalb nur noch naturalis obligatio war, weil der actio eine exceptio entgegenstand, welche eine naturalis obligatio übrig liess.

II.

Was an Gründen zur Bekämpfung der naturalis obligatio ex pacto angeführt wird, zerfällt in zwei Classen. Die eine umfasst Erwägungen allgemeiner Art, die andere einzelne Entscheidungen der Quellen, aus welchen sich die Unmöglichkeit der naturalis obligatio ex pacto ergeben soll. Zu den letzteren rechnet Holtius a. a. O. die l. 95 § 4 D. 46. 3 (oben S. 332 No. 5). Da dort das pactum als ipso jure wirkender Aufhebungsgrund gegenüber der naturalis obligatio erklärt sei, so müsste es auch die naturalis obligatio ex pacto ipso jure aufheben, wenn eine solche bestünde. Nun werde aber in l. 27 § 2 D. 2. 14 das Gegentheil bezeugt. Allein dagegen bemerkt Schwanert¹⁾ zutreffend, dass es sich in l. 27 § 2 D. cit. gar nicht um die Frage handle, ob eine naturalis obligatio ex pacto durch entgegenstehendes pactum ipso jure oder ope exceptionis aufgehoben werde, sondern vielmehr um die Wirkung eines pactum de petendo gegenüber einem vorausgegangenen pactum de non petendo.

Girtanner²⁾ führt l. 49 § 2 D. 15. 1 u. l. 6 D. 45. 1 als Belege an. Die erstere Stelle entscheidet:

Ut debitor vel servus domino, vel dominus servo intelligatur, ex causa civili computandum est. Das pactum aber sei eine causa civilis nicht. Das Letztere kann zugegeben werden, allein dann folgt doch nur, dass die ex causa civili zwischen dominus und servus mögliche naturalis obligatio eine civilis causa erfordert, nicht aber, dass dieses Erforderniss ein allgemeines für alle Naturalobligationen sei. Dass es gerade für diesen besondern Fall aufgestellt wurde, hatte gute Gründe. Die Rücksicht auf die Gläubiger des dominus gebot es. Denn ihnen gegenüber kam ja hauptsächlich die naturalis obligatio zwischen servus und dominus bei Gelegenheit der actio de peculio zur Geltung. Da durfte nicht zugelassen werden, dass der dominus Abzüge aus dem peculium mache

¹⁾ A. a. O. S. 137. — ²⁾ Die Stipulation S. 403.

lediglich auf Grund eines Uebereinkommens mit dem Sklaven, dass dieser schuldig sein solle; da musste wirklich gekauft oder gemiethet, wirklich ein Darlehen empfangen, kurz eine *causa debendi* vorausgegangen sein, wenn der Schuldeintrag in den *rationes peculii* berücksichtigt werden sollte. Und ebenso sollte der *dominus* nicht zu dulden haben, dass ihm eine Schuld an den Sklaven als *Peculiarbestandtheil* angerechnet werde: *si nomina ita fecerit dominus, ut quasi debitorem se servo faceret, cum re vera debitor non esset*¹⁾, woraus zugleich zu entnehmen, dass die *donandi causa* für die Naturalschuld des *dominus* an den *servus* als *causa civilis* im Sinne der l. 49 § 2 cit. nicht gegolten hat.

Wenn Girtanner auch l. 6 D. 45. 1 heranzieht:

Is cui bonis interdictum est, stipulando sibi acquirit, tradere vero non potest vel promittendo obligari: et ideo nec fidejussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso,

so vermag ich in dieser Stelle nichts gegen die *naturalis obligatio ex pacto* zu entdecken. Denn in derselben ist von *promittendo*, nicht von *paciscendo obligari* die Rede und es scheint die *naturalis obligatio ex promissione* geleugnet zu werden. Würde a fortiori gefolgert werden wollen, dass dann gewiss auch *ex pacto furiosi vel prodigi* eine *naturalis obligatio* nicht entstehen könne, so läge darin doch kein Argument gegen die *naturalis obligatio ex pacto* überhaupt, sondern nur gegen die *ex pacto* der genannten Personen oder anders ausgedrückt ein Argument für die völlige Nichtigkeit ihrer obligirenden Geschäfte²⁾.

Alle Gegner der *naturalis obligatio ex pacto* sind einig darüber, dass l. 1 § 2 D. 45. 1 ausschlaggebend sei:

Si quis ita interroget 'dabis'? responderit 'quidni'?, et is utique in ea causa est, ut obligetur: contra si sine verbis adnuisset. non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita adnuit et ita recte dictum est, non obligari pro eo nec fidejussorem quidem.

¹⁾ Vgl. l. 4 § 1 D. 15. 1. — ²⁾ Wie sich l. 6 mit l. 95 § 4 D. 46. 3; 127 D. 45. 1; 42 p. D. 12. 2 und insbes. mit l. 25 D. 46. 1 verträgt, ist hier nicht zu untersuchen. Vgl. hiez u Girtanner, der Bürgschaft S. 20 ff.; Schwanert S. 377; Dernburg, Pand. 2. Aufl. II. § 78 Note 2.

In der That wird hier gesagt, dass der durch Zunicken erklärte Consens des Gefragten, obschon ein genügender Ausdruck des Pactirungswillens, nicht nur keine klagbare, sondern auch keine Naturalobligation hervorzubringen vermöge.

Savigny's Versuch, das in dieser Stelle liegende Bedenken zu beseitigen, muss als misslungen betrachtet werden. Wenn er glaubt, dass der Fragende gar nicht die Absicht hatte, sich auf die unsichere Wirkung einer *naturalis obligatio* einzulassen, dass daher für ein pactum die Einwilligung des Gläubigers fehle, so ist dies allerdings eine ganz willkürliche Voraussetzung, die zur Genüge bei Brinz¹⁾ und Schwanert²⁾ widerlegt wurde.

Aber auch Hofmanns³⁾ Erklärungsversuch, von einem Gefragten, der statt dabo zu antworten, nur genickt habe, könne man alles andere eher annehmen, als dass er sich ernstlich verpflichten wollte, kann nicht befriedigen. Denn er konnte ja, wie Schwanert richtig bemerkt, geradezu die Absicht haben, die klagbare Obligation zu vermeiden und nur eine Naturalobligation zu übernehmen. Trotzdem glaube ich, dass die l. 1 § 2 D. cit. nicht nur nicht das stärkste, sondern geradezu das schwächste gegnerische Angriffsmittel ist.

Man muss nur im Auge behalten, dass die Stipulation Formalcontract, abstractes Versprechen war. Hieraus ergibt sich: wurde die Form gewahrt — und dazu war Rede erforderlich — so entstand eine Obligation, ohne dass eine causa ersichtlich war; wurde die Form verletzt, so konnte ein pactum vorliegen; allein das pactum war diesfalls ein abstractes. Aus einem abstracten pactum aber entstand allerdings keine abstracte Obligation, auch keine naturale. Die abstracte Obligation setzte immer den Formalact voraus. Wenn auf die Frage: *centum dotis nomine dabis?* zuge nickt worden wäre, so würde wohl Ulpian die Entscheidung *nec naturaliter obligatur* unterlassen haben. Daraus erklärt sich dann auch, dass überhaupt Ulpian für nöthig hielt, die Entstehung einer *naturalis obligatio* ganz ausdrücklich in Abrede zu stellen. Wäre es dem Römer undenkbar gewesen, dass überhaupt das *nudum pactum* ein Grund natürlicher Obli-

¹⁾ A. a. O. S. 24. — ²⁾ A. a. O. S. 126 ff. — ³⁾ Entstehungsgründe der Obligationen S. 32 Note 61.

gierung sein könne¹⁾, galt das pactum den Römern überhaupt nicht als obligatorisches Geschäft²⁾, so konnte der Gedanke, dass eine naturalis obligatio als durch annuere auf die Stipulationsfrage entstanden von irgend wem erachtet werden würde, bei Ulpian gar nicht auftauchen. Wenn er dessenungeachtet in seinem Falle diese Meinung verwirft, so muss ihm die Möglichkeit derselben vorgeschwebt haben und es liegt nahe, dass er vor der Vermengung der titulirten Stipulation mit der abstracten warnen wollte, also warnen vor dem Schlusse, dass ebenso das annuere auf die Frage dabis eine naturalis obligatio erzeuge, wie das annuere auf die Frage dotis causa dabis?

Wenn freilich zum Begriffe das pactum, womit nudum pactum synonym gebraucht wird, die Abstractheit der Zusage gehören würde, dann träfe das Gesagte nicht zu. Gerade das muss aber entschieden verneint werden³⁾. Zwar lesen wir in l. 7 § 4 D. 2. 14:

Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat, non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.

Allein die hier erwähnte causa ist gedacht als eine der causae, welche einen Contract formiren, also verba, literae, res und der besonders wichtige Inhalt der Consensualcontracte. Unter causa ist sohin hier nicht zu verstehen der Rechtszweck, auf welchen ein Geschäft abzielt. Der Mangel seines Ausdrucks ist es aber eben, der ein Geschäft zum abstracten stempelt.

Der Beweis für die angegebene Bedeutung von causa in l. 7 § 4 D. 2. 14 liegt in dem Umstande, dass die Quellen eine Anzahl constitutiver pacta kennen, in welchen eine causa im Sinne von Rechtszweck zum Ausdrucke gelangt, so das pactum donandi causa, dotis constituendae causa, transigendi causa, das constitutum debiti entweder confirmandi oder intercedendi causa, das pactum usurarum credendi causa.

¹⁾ Kuntze, Excursus 2. Aufl. S. 542 und Cursus 2. Aufl. S. 445 § 643. — ²⁾ v. Scheurl, in Ihering's Jahrbh. Bd. VII. S. 346. — ³⁾ A. M. Liebe in Linde's Ztschr. Bd. 15 S. 192 ff., wo jedoch zwei Bedeutungen von causa durcheinandergemengt sind.

Da die Stipulation und die *expensilatio* im römischen Rechte allein, im classischen Rechte sogar nur noch die erstere, abstracte Schuldvertragsformen waren, so darf man ohne weiteres annehmen, dass ausser ihnen ein abstracter Vertrag keine obligatorische Wirkung hatte und in diesem Sinne ist es richtig, dass das (abstracte) *pactum* den Römern überhaupt nicht als obligatorisches Geschäft gegolten habe.

Hingegen als *causales* Geschäft scheint den Römern das obligatorische *pactum* ganz geläufig gewesen zu sein. Dafür zeugen die zahlreichen Fälle, in welchen dem obligatorischen *pactum* Klagbarkeit beigelegt wurde, vor allem die ganze Classe der *pacta adjecta*, sodann das *pactum donationis* und *dotis*, das *constitutum*, das *Zinspactum* für Darlehen der Stadtgemeinden¹⁾ und für das *foenus nauticum*²⁾, das *pactum*, durch welches Sachleistung gegen Dienstleistung versprochen wird³⁾. Auch der Spielvertrag scheint nur *pactum* gewesen zu sein und doch war er solange und soweit er nicht verboten wurde, klagbar.

Von Erwägungen allgemeiner Art wird gegen die *naturalis obligatio ex pacto* vor allen geltend gemacht, dass das *jus poenitendi* bei *Innominatcontracten* mit der Annahme einer *naturalis obligatio ex pacto* nicht vereinbar gewesen sei.

Würde, so folgert man, das *pactum* schon eine *naturalis obligatio* hervorgebracht haben, so läge in dem *dare ut alius det* bereits die Erfüllung des dem *dare* zu Grunde liegenden *pactum*, und eine Rückforderung wäre daher ausgeschlossen oder: dass das in Folge getroffener Verabredung Geleistete nicht *solutum* sondern *datum* genannt wird, beweise, dass die Verabredung keine *naturalis obligatio* erzeuge; denn sonst müsste das ihr gemäss Geleistete *solutum* sein und heissen⁴⁾. Allein das hiesse dem Willen der Contrahenten bei der *datio ob causam* Gewalt anthun; wer *ob causam* giebt, hat mit dem anderen Contrahenten verabredet, nicht dass er eine Verpflichtung zum *dare* übernehmen solle, sondern dass der andere solche Verpflichtung übernehme, wenn jener eine Leistung gemacht haben werde.

¹⁾ L. 30 D. 22. 1. — ²⁾ L. 5 § 1 und l. 7 D. 22. 2. — ³⁾ L. 15 D. 19. 5. — ⁴⁾ Vgl. Unterholzner a. a. O. § 23; Gneist a. a. O. S. 169; Girtanner a. a. O. S. 404, vgl. dagegen Schwanert a. a. O. S. 130 ff.

Des weiteren hat man ¹⁾ die praktische Bedeutung der *naturalis obligatio ex pacto* vermisst, da der Stipulationsform leicht zu genügen war, während von anderer Seite ²⁾ gerade im Gegentheil behauptet wird, das *pactum* müsste eine eminente Bedeutung im römischen Rechtsleben gehabt haben, wenn es eine *obligatio naturalis* erzeugt hätte und man müsse wegen des Mangels jeder Mittheilung der Quellen über eine solche Bedeutung auf die Unfähigkeit des *pactum* zur Begründung einer *naturalis obligatio* schliessen.

Auf den ersteren Einwand hat Hoffmann ³⁾ schon geantwortet, dass das *pactum* für Verträge unter Abwesenden von Bedeutung gewesen sei; dem letzteren Einwande ist zunächst entgegenzuhalten, dass nach dem Bisherigen die wiederholte Anerkennung und Hervorhebung der obligirenden Wirkungen des *pactum* in den Quellen eben nur von denjenigen geleugnet werden kann, welche das mitgetheilte Quellenmaterial durch die besprochenen mehr oder minder gezwungenen Auslegungen beseitigen zu können glauben; sodann aber kann in Wahrheit die Bedeutung des obligatorischen *nudum pactum* im justinianischen und schon im classischen Recht keine „eminente“ gewesen sein, obwohl durch ein dem *pactum* folgendes *constitutum* die Naturalobligation klagbar gemacht werden konnte; denn die Form der Stipulation war sehr einfach, die wichtigsten obligatorischen Geschäfte waren formlose *Contracte*, *pacta adjecta* waren in weitem Umfange klagbar, daneben *pacta praetoria*, das Zinspactum für Darlehen der Stadtgemeinden und für Seedarlehen. Was da an unklagbaren obligatorischen *pacta* noch von praktischer Bedeutung blieb, nahm geringen Raum ein. Fürs classische Recht dürfte etwa das *pactum dotis* und *donationis*, das *pactum divisorium*, das *pactum transactionis* und das Zinspactum (unter Abwesenden) in Betracht gekommen sein; im justinianischen Recht nur noch die drei letztgenannten.

Wenn übrigens Kuntze (a. a. O.) die Möglichkeit, eine *obligatio naturalis ex pacto* durch Geminatio des *pactum*,

¹⁾ v. Scheurl und Iherings Jahrbh. Bd. VII. S. 345. — ²⁾ Kuntze zu Holzschuher 3. Aufl. Bd. 3. S. 7 und Derselbe, Excursus a. a. O. — ³⁾ A. a. O.

d. h. durch Hinzufügung eines *constitutum*, zu einer klagbaren zu machen, für eine Monstrosität erklärt, so thut er das ohne alle Begründung. Es ist nicht abzusehen, was es Auffallendes haben sollte, wenn die Römer dem wiederholt erklärten Verpflichtungswillen eine steigernde Kraft beigelegt haben, insbesondere wenn erwogen wird, dass das *constitutum* ursprünglich die Zusicherung der Erfüllung die *certo* war. Hat man doch sogar die gänzlich kraftlose *Intercession* der Frauen im Falle der Wiederholung nach zwei Jahren für verbindlich erklärt!

III.

Stichhaltige Gründe gegen die *naturalis obligatio ex pacto* aus den Quellen nachzuweisen, ist nach meiner Ueberzeugung bisher nicht gelungen. Der bisherige Stand der Literatur ergiebt im Gegentheil einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit für die obligirende Kraft des *pactum*. Dieselbe wird m. E. ausser Zweifel gestellt durch zwei in dieser Lehre noch nicht beachtete *Digestenstellen*, die l. 22. D. 23. 4 und l. 28 § 7. D. 24. 1.

1) l. 22 D. 23. 4. *Julianus libro secundo ad Urseium Ferocem: Quidam fundum dotis causa ab uxore sua acceperat interque eos convenerat, ut mercedes eius fundi vir uxori annui nomine daret: deinde eum fundum vir matri mulieris certa pensione colendum locaverat eaque, cum mercedes ejus fundi deberet, decesserat et filiam suam solam heredem reliquerat et divortium factum erat: vir deinde petebat a muliere mercedes, quas mater debuerat, placuit exceptionem mulieri dari non debere 'ac si inter se et virum non convenisset, ut hac mercedes sibi alimentorium nomine darentur', cum futurum sit, ut quodammodo donationes inter virum et uxorem confirmantur: nam quod annui nomine datur species est donationis.*

Der Ehemann, dem die Frau ein Grundstück zur dos gegeben, hatte derselben zugesagt, den Pachtzins für dieses Grundstück ihr als Jahrgeld zu geben. Dann hatte er das Grundstück an ihre Mutter verpachtet, welche als Schuldnerin der Pachtzinse starb und ihre Tochter als einzige Erbin hinterliess. Inzwischen war die Ehe zwischen der letzteren und dem Verpächter des Grundstückes geschieden worden. Als er

nun die geschiedene Frau und Erbin auf Zahlung der Pachtzinsrückstände verklagte, setzte diese der Klage die Einrede entgegen, zwischen ihr und dem Kläger sei vereinbart worden, dass die eingeklagte Pachtzinse ihr als Jahrgeld vom Kläger während der Ehe gegeben würden. Julian entscheidet, die Einrede sei unbegründet deshalb, weil in der Gewährung eines annuum eine Schenkung an die Frau enthalten sei und wenn sie mit der Einrede durchdränge, das Schenkungsverbot illusorisch gemacht werden würde.

Das argumentum e contrario ist zwingend: Wenn durch die Einrede das Schenkungsverbot nicht vereitelt werden würde, so würde sie zulässig sein. Und es sind solche Fälle denkbar, wie l. 21 § 1 D. 24. 1 und die sogleich zu besprechende l. 28 § 7 D. cod. ersehen lassen, unter der Voraussetzung nämlich, dass der Frau als Gegenleistung für das annuum der Unterhalt ihrer eigenen Person und ihres Gesindes auferlegt wurde und sie diesen Unterhalt auch ex propriis bestritten hatte¹⁾. Jedenfalls würde der Entscheidungsgrund Julians auch nicht zutreffen, wenn der Ehemann ohne Willensänderung gestorben wäre, da alsdann die Schenkung convalesciren würde. Dabei setze ich allerdings die Meinung als richtig voraus, welche die Convalescenz im justinianischen Rechte auch auf das Schenkungsversprechen ausdehnt²⁾. In beiden Fällen könnte mithin die Frau der Klage des Mannes bzw. seines Erben die exceptio entgegensetzen aus der conventio, ut mercedes sibi alimentorum nomine darentur. Die rechtliche Natur dieser exceptio ist die der Compensationseinrede; denn sie wird unter Anerkennung der Pachtzinsschuld damit begründet, dass der Kläger bzw. sein Rechtsurheber seinerseits verpflichtet war, die Pachtzinse, also die eingeklagte Summe selbst der Beklagten zu zahlen³⁾. Wenn nun die erwähnte conventio als pactum nudum zu denken ist, worauf aus der Fassung

¹⁾ Cf. Cujacius, comment. ad Salvium Julianum lib. II. ad Urseium Ferocem: ad legem 22 de pact. dot. (editio Prati tom. 3. S. 1502/3; Scipio Gentilis, de don. inter virum et uxorem. lib. II. cap. XIV.; v. Meyerfeldt, Die Lehre von den Schenkungen Bd. I S. 175 f.; Glück, Pand. Bd. 26 S. 118, vgl. auch l. 28 § 6 D. 24. 1. — ²⁾ L. 33 p. D. 24. 1. — ³⁾ Keysser, Das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten, S. 38 spricht zwar unter Bezug auf l. 22 etwas unbestimmt von einer „Ueber-

der *exceptio* nothwendig zu schliessen¹⁾, so besitzen wir den Beweis dafür, dass das *pactum* die stärkste aller Wirkungen hervorbrachte, die einer *naturalis obligatio* zukommen konnten, d. h. dass das *pactum* Entstehungsgrund einer *naturalis obligatio* war.

2) L. 28 § 7 D. 24. 1. Paulus libro septimo. ad Sabinum: Illud recte dictum Celsus ait: si dotis usuras annuas uxor stipulata sit, licet ei non debeantur, quia tamen quasi de annuo convenerit, peti quidem dotis iudicio non possunt, compensari autem possunt: idem ergo dicemus in qualibet pactione annui nomine facta. Der casus ist folgender: Eine Ehefrau hatte sich vom Ehemann nicht bloss die Rückgabe, sondern auch die Verzinsung der dos durch Stipulation versprechen lassen. Diese Zinsen, sagt Celsus, unter Billigung des Paulus könne die Frau dotis iudicio i. e. actione ex stipulatu nicht verlangen. Den Entscheidungsgrund giebt der Jurist zwar nicht an, allein er war ja selbstverständlich. Denn die fructus dotis waren ad onera matrimonii ferenda bestimmt, gehörten mithin dem Manne; wenn er dieselben der Frau zu überlassen versprach, so lag eine erogatio de suo sine causa debendi vor, mithin eine ungültige Schenkung inter virum et uxorem. Man konnte jedoch diese ungültige Stipulation von usurae annuae als eine Vereinbarung des Inhaltes auffassen, dass der Ehemann der Frau ein Jahrgeld zu zahlen zusichern wollte, welches, wenn es den Mann von der Alimentation der Frau befreien sollte, keine verbotene Schenkung enthielt.

Als Stipulation konnte diese Vereinbarung trotzdem nicht gültig sein, denn die Congruenz von Frage und Antwort ergab nichts anderes, als die ungültige Zinsverpflichtung. Wollte in diese Congruenz eine andere Absicht hineingelegt werden, so musste man von der Contractsform überhaupt absehen. So blieb nur ein nudum pactum nach Analogie der als solcher ungültigen Acceptilation in l. 19 pr. D. 46. 4. Die causa dieses pactum lag in der Zusicherung des annum

lassung des Pachtvertrags“ an die Frau, erläutert das aber sogleich durch Annahme eines „Schenkungsversprechens auf den Betrag der Pachtgelder.“

¹⁾ Meyerfeld a. a. O., vgl. auch Basiliken XXIX. 5. cap. 20.

d. h. des Jahrgeldes gegen Uebernahme eigener Bestreitung des Unterhaltes Seitens der Frau. Aus diesem nudum pactum, gerichtet auf Leistung eines nicht unter das Schenkungsverbot fallenden annuum ergab sich freilich keine Forderungsklage wohl aber ein Recht zur Compensation, falls der Ehemann Forderungen gegen die Frau geltend zu machen in die Lage kam. Was nun in dem Falle Rechtens war, wo die ungültige stipulatio usurarum in ein pactum annui convertirt wurde, das musste natürlich auch gelten, wo von vornherein ein (dem Schenkungsverbote nicht unterliegendes) pactum annui nomine factum abgeschlossen wurde. Das sagt der Schlusssatz unserer Stelle. Dieselbe enthält sohin gleichfalls die ausdrückliche Anerkennung der compensirenden Kraft der aus einem pactum obligatorium sich ergebenden Verbindlichkeit. Bei diesem Ergebnisse fällt dann auch auf die l. 6 D. 16. 2 ein neues Licht. Ihre allgemeine Fassung erscheint gewiss besser motivirt, wenn man nicht genöthigt ist, zu behaupten, die l. 20 § 2 D. 40. 7 sei die einzige einen unzweifelhaften Fall von Compensation mit einer naturalis obligatio enthaltende Stelle¹⁾, sondern wenn man ein Gebiet der Anwendung für diese Compensation gewinnt, welches dem allgemeinen Rechtsverkehr der Freien angehörte.

Dernburg²⁾ erwähnt zwar ebenfalls die l. 28 § 7 cit. im Zusammenhange mit der Compensabilität natürlicher Obligationen, allein wie es scheint zum Belege dafür, dass zur Compensation tauglich gewesen seien ausser den obligationes naturales der Sklaven gegenüber den Herren diejenigen, welche nach Consumtion des Klagerechts durch Litiscontestatio übrig blieben. In welchem Zusammenhange aber mit diesem Falle von Naturalobligation l. 28 § 7 zu stehen kommen soll, lässt Dernburg gänzlich unaufgeklärt, da er die Stelle lediglich zu dem eben erwähnten Satze allegirt. Ausserdem findet sich in der Literatur seit der Glosse³⁾, wie es scheint, eine Erörterung der l. 28 § 7 nur bei Scipio Gentilis⁴⁾, der (S. 230

¹⁾ Eisele, Die Compensation S. 330. — ²⁾ Geschichte und Theorie der Compensation 2. Aufl. S. 470 Note 1. — ³⁾ Die Glosse selbst spricht nicht von naturalis obligatio ausdrücklich, erörtert aber zu compensari: „marito, si agat ex aliqua causa.“ — ⁴⁾ A. a. O. cap. XV. Scipio Gentilis erhebt sich selbst ein Bedenken bei Interpretation der l. 28

a. a. O.) im Verlaufe der Erklärung von l. 28 § 7 bemerkt: *ex pacto non nasci actionem iure Romano certum est, ad exceptionem autem et compensationem prodest, quum obligationem naturalem pariat*, und bei v. Meyerfeld¹⁾, der im Widerspruche zu dem an späterer Stelle²⁾ ausgeführten der *nuda conventio annui nomine* in l. 28 § 7 die Compensationswirkung zuerkennt.

Ein neuerer Schriftsteller³⁾ bemerkt unter Anführung der l. 28 § 7: Wenn der Mann der Frau die Früchte oder Zinsen von der *dos* überlässt, damit sie davon ihren Unterhalt bestreitet, oder wenn er zu diesem Zwecke ein Jahrgeld giebt, so hat er durch diese Gabe nichts geschenkt, weil dieselbe gegen die ihm zufallenden und von ihm zu bestimmenden Kosten des persönlichen Unterhalts der Frau aufgerechnet werden muss.“

Danach macht es den Eindruck, als nehme dieser Schriftsteller in l. 28 § 7 die *datio* eines *annuum* an, während doch deutlich von einem Versprechen desselben gehandelt wird. Auch bleibt bei dieser Annahme selbstverständlich das von Gentilis (S. 359 Note 4) angeregte Bedenken unerledigt, wie es komme, dass dann die *stipulatio annuarum usurarum* nichtig ist. Ferner würde *compensari* in dem von Keysser angenommenen Sinn die geschehene Zahlung des *annuum* voraussetzen, wofür die Stelle selbst keinen Anhalt bietet und endlich wäre es befremdlich, dass der Schluss der Stelle wiederum hervorhebt, dass *idem* in *qualibet pactione annui* gelten müsse, anstatt des diesfalls nahezu unvermeidlichen *datio* *annui*.

§ 7, welches mir durch die oben versuchte Paraphrase derselben gehoben zu sein scheint. Er fragt nämlich: weshalb ist die Stipulation ungültig, wenn ein *annuum* vorliegt, welches keine verbotene Schenkung enthält? oder weshalb wird nicht auch die *naturalis obligatio* geleugnet, wenn das *annuum* eine verbotene Schenkung war? und er gelangt zu einer befriedigenden Beantwortung dieser Fragen nicht.

¹⁾ A. a. O. S. 176. — ²⁾ S. 344—346. — ³⁾ Keysser an dem S. 357 Note 3 a. O. S. 40 zu Note 5.

Miscelle.

Eine unbekannte Redaction der Statuten der Paduaner Juristenuniversität. Durch meinen Collegen Professor J. Caro wurde ich aufmerksam auf eine Nachricht der (polnischen) Abhandlungen und Berichte über die Sitzungen der hist.-philos. Abtheilung der Akademie der Wissenschaften zu Krakau IV, 295, wonach sich in der Capitelsbibliothek zu Gnesen ein Papierfoliant vom Jahre 1301 befinde, welcher die Statuten der Juristenuniversität Padua enthalte. Es gelang den Codex auf einige Tage hierher zu bekommen, und die Untersuchung ergab, dass er für die Geschichte der Paduaner Statuten und der ganzen auf Bolognas Statuten ruhenden Gruppe von grosser Bedeutung sei, und da es uns vorläufig nicht gestattet wurde den Codex länger zu benutzen, um ihn herauszugeben, so theile ich hier diejenigen That-sachen mit, die wir bereits feststellen konnten und einige Angaben, zu deren Klärung die Lokalforschung die besten Dienste leisten kann. Die Redaction der Statuten der Juristenuniversität Padua, welche der Codex enthält, ist von 1301 oder von 1331, während wir bisher nur eine (noch ungedruckte) Redaction von 1463 hatten und einen Druck von 1550/51. Dieser Redaction sind dann Nachträge angefügt, deren letzter unter dem Rectorat des Caspar de Prussia entstand, der 1404/5 Rector war (A. Gloria, Monumenti della Universita di Padova I, 98 No. 320 und II, 429 f.). Der Codex ist also nicht früher, aber allem Anschein nach auch nicht viel später geschrieben worden. Die Redaction der Statuten, welche den Kern des Codex bildet, ist nach der Einleitung unter den Rectoren Rudolfus Synenus (?) de Augusta und Binus Mora de Mediolano hergestellt worden und zwar wie es einmal heisst 1301, anno millesimo tricentesimo primo, so, in Worten ist die Angabe. Aber an einer späteren Stelle heisst es, diese Redaction sei gemacht worden, um die Mängel der in den Jahren 1330 und 1331 veranstalteten aber nicht angenommenen Redactionen zu bessern. Sie könnte also frühestens 1331 entstanden sein. Da diese Jahre in Zahlen geschrieben sind MCCCXXX und MCCCXXXI, so muss entweder zweimal XXX zu viel gesetzt oder es muss an der ersten Stelle das Wort tricesimo ausgefallen sein. Noch verwickelter wird die Sache dadurch, dass in der kürzeren Geschichte der Paduaner Statuten, welche vor der Redaction von 1463 steht und von Denifle im Archiv f. Litter. und Kirch. Gesch.

III 395 mitgetheilt ist und hier wörtlich übereinstimmt mit derjenigen des Drucks der Statuten von 1550 (*Statuta — Universitatis Juristarum Patavini Gymnasii. Venduntur . . . Paduae 1550. Am Schluss Venetiis per Joannem Patavinum 1551. 4°.*) jene Redactionen 1300 und 1301 angesetzt werden. Die Redaction des Rudolfus de Augusta und Binus Mora wird dann sequenti anno also 1302 gesetzt, indessen könnte dies eine Ungenauigkeit sein, die das folgende Rectorat auch in das folgende Jahr setzte, wie denn auch in den Namen mehrere Ungenauigkeiten begegnen. Also die eine Angabe unseres Codex und die Angabe der späteren und etwas kürzeren Fassung der Geschichte der Paduaner Statuten legen unsere Redaction in das Jahr 1301 bzw. 1301/2, die spätere Stelle der Einleitung frühestens 1331 oder 1332. Die Entscheidung kann nur erbracht werden, wenn es gelingt, die Zeit der bei diesen drei Redactionen von 1300 und 1301 oder 1330 und 1331 betheiligten Personen festzustellen, und es ist Aussicht dazu vorhanden, da bei der letzten Redaction nicht bloss die Rectoren, sondern auch die 13 Scholaren genannt werden, welche mit den Rectoren den Ausschuss zur Feststellung der Statuten bildeten. Den einen derselben, Jacobus de Arena de Parma, offenbar ein gleichnamiger Sohn oder ein Enkel des berühmten Jacobus de Arena, dessen Herkunft aus Parma zugleich durch diese Stelle sicher gestellt wird, begegnet 1332 und 1333 unter den Assessoren des Podesta von Padua (*Gloria, Monumenti I, 10 No. 29 und II, 10 No. 1134*). Diese Erwähnung entscheidet leider nicht, denn Jacobus de Arena könnte in solcher Stellung sowohl ein Jahr wie 30 Jahre nach der Studienzeit erscheinen. Wahrscheinlich ist auch der an fünfter Stelle der Commission erwähnte Raynaldus de Raynaldis de Tarvisio mit dem in den Urkunden bei Verci, *Storia della Marca Trivigiana e Veronese* (Venez. 1786) zuerst 1332 und zuletzt 1355 (*Tom. XIII Doc. No. 1544 p. 48*) mehrfach als ein in Treviso hochangesehener Jurist erwähnten Renaldus de Renaldo (auch Raynaldus de Raynaldis geschrieben) identisch. Ist es derselbe und nicht ein gleichnamiger Sohn oder Vetter, so wäre er gegen 80 Jahre alt geworden, wenn er 1301 als junger Mann von 20–25 Jahren, wie das anzunehmen ist, in der Statutencommission sass. Ich möchte nicht sagen, dass diese That-sachen die Entscheidung für 1331 erheblich erhöhten, es wird darauf ankommen, noch andere von den Personen festzustellen. Da es mir mit dem hiesigen Material von Urkundenbüchern u. s. w. bisher nicht glücken wollte, so theile ich die entscheidenden Stellen hier mit, um diejenigen, denen weiteres Material zur Hand und das Glück günstiger ist, zur Nachforschung anzuregen. Hec sunt statuta secundum novam compilationem facta et elicita de veteribus statutis studii Padwani et ex statutis Bononiensibus per venerabiles et sapientes viros dominum Rudolfum Synenum (?) de Augusta, canonicum in Buchshau (so noch einmal, einmal Buchsau, einmal Buchshayn). dominum Binum Mora de Mediolano utriusque juris peritum rectores universitatis studii Paduani, dominum Henricum de Polenahu canonicum Frisingensem, dominum Jacobum de Arena de Parma, dominum Engelbom canonicum veteris

capelle Ratispone, dominum Hugucionem de Tresteno (?) de Vicencia, dominum Pillgrinum de Airia retorem ecclesie in Eisgruob, dominum Raynaldum de Raynaldis de Tarvisio, dominum Petrum de Prixna, canonicum . . ., dominum Albertum de Nullaviis de Vincentia, dominum Johannem de Constancia Magistrum de . . . de Maredorfh, dominum Valentinum de Mediolano, dominum Nicolaum de Polonia, dominum Constantinum de Savorgano et dominum Orthliebum de Moguncia per ipsam universitatem ad hoc specialiter electos anno domini millesimo tricentesimo primo indiccione quarta decima, die XVIII mensis Iunii. Die andere Stelle nennt eine Redaction unter dem Rectorat Theonitarius de Tedaldis (nach Affo, *Memorie degli Scrittori. Parmigiani* hiess die Familie Tebaldi) de Pariria (lies Parma) anno domini M^oCCCXXX indiccione XIII und dann heisst es: anno domini M^oCCCXXXI indiccione XIII rectoratus ven. dominorum Johannis de Bohemia prepositi sancti Egidii Pragensis nec non domini Gimmore (?) de Mediolano . . Das sind die Namen, die ich hier zur Kenntniss bringe, indem ich bemerke, dass der Codex gut geschrieben ist und dass bei den Namen nur ? stehen, weil bei der ersten Abschrift jede irgend zweifelhafte Stelle zunächst so bezeichnet wurde, um später genauer nachzuprüfen, diese Nachprüfung uns aber nicht ermöglicht wurde.

Zum Zweck weiterer Verbreitung hatte ich eine ähnliche Nachricht und Aufforderung auch im Centralblatt für Bibliothekswesen veröffentlicht, und letztere hatte den Erfolg, dass Luschin v. Ebengreuth mir die sehr ansprechende Vermuthung mittheilte, Maredorfh sei wohl Marckdorf im Bisthum Constanx, Rudolfus de Augusta canonicus in Buchshau ein Canonicus des Chorherrnstifts Buxheim bei Memmingen, das 1402 in eine Karthause umgestaltet ward, und Henricus de Polenahu ein Glied der oberösterreichischen Familie Pollheim, deren Name oft verderbt werde. Maximilians Orator Bernhard von Pollheim begegne z. B. in dem Druck der Paduan. Statuten von 1550 als Bernardinus Pola de Austria (1474). „Ein Heinrich von Pollheim erscheint 1317 als „Thumherr zu Freising“ und war 1333/4 Pfarrer zu Aussee, vgl. Prevenhueber *Ann. Styrenses* S. 458.“ — Das könnte unser canonicus Frisingensis sein und damit würde die Wahrscheinlichkeit für 1331 und gegen 1301 steigen, sie ist aber zur Gewissheit geworden durch die mir eben nach Absendung der Correctur jener im Juli 1891 geschriebenen durch äussere Umstände im Druck verzögerten Notiz zugehenden Ausgabe der „Statuten der Juristenuniversität Padua vom Jahre 1331“ von Denifle im letzten Heft des Archivs für Litt.- und Kirchengeschichte des Mittelalters. War es schmerzlich, mir den Codex mitten in der Bearbeitung entzogen zu sehen, so freue ich mich doch, ihn so schnell und allem Anschein nach tüchtig bearbeitet zu finden. Aus einer Stelle des Buches, welche Professor Caro und ich in der kurzen Zeit noch nicht hatten benutzen können, und einigen anderen Momenten

folgt Denifle mit Recht, dass die Angabe 1301 verschrieben ist und dass die Statuten also von 1331 sind. Auch hat er in Gloria's Monumenti, Appendix p. 93 fgg. einen Binus Mora de Mediolano in den Jahren 1333—36 nachgewiesen, der mit unserem Rector identisch zu sein scheint, was wiederum trefflich passen würde. Da ich zu den Unglücklichen gehöre, denen der Verleger diesen Band ohne Appendix geliefert hat, so konnte ich diesen Nachweis nicht führen. Unzweifelhaft richtig erscheint mir ferner Denifles Erklärung des Gimmore de Mediolano als Verderbniss aus Binus Mora de M. Hoffentlich finde ich demnächst Zeit, eingehender von diesen Statuten zu handeln.

Breslau, Juli 1891.

G. Kaufmann.

Litteratur.

Marcel Fournier, Les Statuts et Privilèges des Universités Françaises depuis leur fondation jusqu'en 1789. (Ouvrage publié sous les auspices du Ministère de l'instruction publique et du conseil général des facultés de Caen). Tome I. Première Partie: Moyen - Age. Universités d'Orléans, d'Angers, de Toulouse. Paris. L. Laroste et Forcel. 1890. 4°.

Das Vorwort erzählt uns, wie der Verfasser dazu gekommen ist dies Riesenwerk zu unternehmen. Es war nicht die Aufforderung der Regierung oder ein äusserer Umstand sondern der Gang seiner Forschung, was ihm die Veranlassung bot. Untersuchungen über die Entwicklung des Rechtsstudiums in Frankreich nöthigten ihn sich in die Geschichte Frankreichs zu versenken und da in diesem Augenblick die Académie des sciences morales et politiques die schon zweimal ohne Erfolg gestellte Preisaufgabe einer Histoire de l'enseignement du droit en France jusqu'en 1789 zum dritten Male erneute, so benutzte der Verfasser seine Vorarbeiten diese Aufgabe zu lösen. Der Preis wurde ihm zuerkannt, aber er will die Abhandlung erst veröffentlichen, nachdem er in diesem Urkundenwerk die wichtigsten Urkunden bekannt gemacht hat und zwar in einer erweiterten Form unter dem Titel L'histoire de la science et de l'enseignement du droit en France; für das Jahr 1891 glaubt er uns den ersten Band versprechen zu können. Dies Urkundenwerk ist also aus den Vorarbeiten zu jener Darstellung hervorgegangen. On a écrit assurément bien des travaux soit sur les facultés de droit des anciennes universités, soit sur les professeurs de droit; mais beaucoup de ces études ont été faites sans soin ou plutôt sans critique. . . C'est ainsi du besoin de voir les documents afin de connaître la vérité que me vint l'idée de faire pour mon usage un recueil des statuts d'Universités sur l'enseignement du droit et des textes relatifs à l'histoire des professeurs de droit; en un mot, une sorte de cartulaire de l'enseignement du droit en France. Aber da ihm bei der Arbeit immer deutlicher wurde, wie eng die Geschichte der juristischen Fakultäten mit der Geschichte der Universitäten verknüpft ist, dass sie sich viel-

fach geradezu damit deckte, da manche Universitäten nur aus einer juristischen Fakultät bestanden, so kam ihm der Gedanke, dieses cartulaire de l'enseignement du droit en France zu einem cartulaire général des Universités françaises zu erweitern. Wir danken es dem Herrn Liard, dem zeitigen Direktor des enseignement supérieur, dass er den Verfasser zu dieser Erweiterung des Planes ermuthigte, und wer die ungeheuren Schwierigkeiten ermessen kann, die das Auge des gewissenhaften Forschers bei der Betrachtung dieses Planes erblickt, der wird begreifen, dass es wohl einer Ermuthigung bedurfte, um den halbgefassten Plan bestimmt in Angriff zu nehmen.

Eine wesentliche Erleichterung war dann noch mit der Thatsache gegeben, dass das Chartularium universitatis Parisiensis bereits von Denifle herausgegeben wird und also hier nicht zu wiederholen war. Das Werk soll also die Urkunden der übrigen Universitäten umfassen und zwar in drei Abtheilungen. 1. Abtheilung: Periode des Mittelalters bis 1500, 2. Abtheilung: das 16. Jahrhundert, qui forme à lui seul une période bien distincte dans l'histoire des Universités. Die dritte Abtheilung soll die Urkunden des 17. und 18. Jahrhunderts enthalten, pendant la période monarchique, période de décadence et de réaction à l'égard du brillant épanouissement du XVI^e siècle. In jeder Periode sollen die Universitäten nach der Zeit ihrer Gründung vereinigt werden, erst die im 13. Jahrhundert, dann die im 14. und 15. gegründeten. Und zwar soll die so für die erste Abtheilung sich ergebende Ordnung auch für die folgenden beibehalten werden.

Diese Eintheilung rechnet also das 15. Jahrhundert zum Mittelalter, wie ich das gegen die Aufstellung von Denifle in seinem Werk die Universitäten des Mittelalters bis 1400 I (1885) p. XXVI, dass das 15. Jahrhundert überall neue Verhältnisse aufweist in den Göttinger Gelehrten Anzeigen 1886, S. 100, Anm. und in meiner Geschichte der deutschen Universitäten I S. XI erwiesen habe. Dieser Satz gilt für alle Lande, überall bewahren die Universitäten im 15. Jahrhundert wesentlich dieselben Einrichtungen, Methoden und Ziele wie im 14. Jahrhundert, auch der Einfluss des Humanismus griff nicht so tief ein als man erwarten sollte. Schon die Geschichte der Statuten von Bologna, Perugia, Padua und Florenz genügt, um für Italien den Beweis zu erbringen, für Frankreich zeigte es Jordain's Index Chartarum und zeigt es aufs neue diese Sammlung der Statuten, für England, Spanien und Deutschland gilt das Gleiche. Die Behauptung Denifles steht mit allen Urkunden im Widerspruch und ist nichts anderes als einer jener dreisten Versuche, welche die welthistorische Bedeutung der deutschen Reformation verdunkeln möchten. Wie uns Janssen glauben machen will, dass Nicolaus von Cusa im 15. Jahrhundert eine hoffnungsreiche Reformbewegung einleitete, die dann durch den zerfahrenen und infolgedessen liederlichen Lebens an sich selbst verzweifelnden Mönch Luther ¹⁾ ge-

¹⁾ Man lese Janssen 2 (1879) S. 66 ff., besonders S. 68, wie Luther als Schüler bei Frau Cotta lernte, dass es auf Erden „kein lieber Ding

stört wurde; und wie v. Buchwald ¹⁾ (Deutsches Gesellschaftsleben im endenden Mittelalter I (1885) S. 165 ff. und S. 181) die neuerdings gewonnenen Ergebnisse über ältere Uebersetzungen der Bibel zu einer Darstellung missbraucht, die darin gipfelt, dass Luthers Bibelübersetzung nur geringe Bedeutung habe und nicht „volksthümlich“ gewesen sei (165), ja dass auch seine reformatorischen Gedanken nur als „geringe Meinungsdivergenz“ eines Mönchs von anderen Mönchen zu betrachten seien (181), — so sollen wir uns auch gewöhnen auf dem Gebiete des Universitätslebens der Reformation des 16. Jahrhunderts keine Bedeutung beizumessen. Denifle hat selbst schon seine Worte anders zu deuten versucht, als ich die Nichtigkeit der Behauptung nachwies, aber sie sind unzweideutig und treten dem Laien mit der ganzen Autorität entgegen, welche die Gelehrsamkeit des bedeutenden Buches beansprucht, in dessen Einleitung sie stehen. Darum ist mit Nachdruck darauf hinzuweisen, dass diese Sammlung der Statuten der französischen Universitäten jene Behauptung Denifles nicht anerkennt und durch ihr Dasein widerlegt. Das 15. Jahrhundert gehört auch im Leben der Universitäten zum Mittelalter.

Dieser erste Band bietet ausser einer préface von XII Seiten 876 Urkunden und Regesten auf 880 grossen Quartseiten, davon Nr. 1—360 für Orleans, die älteste von 1231, die letzte von 1511. Nr. 361 von 1230 bis Nr. 501 von 1500 für Angers, und Nr. 502 von 1217 bis Nr. 876 von 1501 für Toulouse. Darauf folgt eine Table chronologique des documents p. 883 bis p. 913 und p. 915—974 eine Table générale des noms de personnes und endlich Additions et corrections p. 975—978.

Der folgende Band wird in mancher Beziehung Ergänzungen bringen für diesen Band, besonders die rotuli, Verzeichnisse von Doctoren und Scholaren, welche die Universitäten dem päpstlichen Hofe zur Berücksichtigung bei Verleihung von Gnaden und Pfründen empfahlen, und eine ausführliche, sachlich erläuternde Einleitung wird noch später hinzukommen. Die Vorrede dieses Bandes erklärt ausdrücklich, dass sie keine introduction sein wolle. Sie giebt nur Bericht über die Entstehung des Planes und stattet den Vorständen der Archive und Bibliotheken, welche den Herausgeber unterstützten, den Dank ab. Ausser dem Vaticanischen Archiv und den Archiven der Universitäten und der Collegien an denselben, sowie den Bibliotheken von Paris, Berlin, Wolfenbüttel u. a. wurden noch 30 Archive von Städten und Departements benutzt, und wenn man nun die Fülle und die Verschiedenartigkeit dieser Urkunden erwägt, und die Schwierigkeiten, welche die Entscheidung über den Werth abweichender Lesarten bei mehrfacher Ueberlieferung u. s. w. bietet, so gewinnt man die Vorstellung, dass es

giebt denn Frauenliebe, wem sie mag zu Theil werden“. Es wird dadurch nicht besser, dass Janssen das alles nur andeutet und denken lässt. Sodann S. 70.

¹⁾ Ich verweise auf meine Anzeige dieses Buchs in der Deutschen Litteraturzeitung 1886, Nr. 2, S. 59 f.

sich hier um ein Unternehmen handelt, welches die Kräfte eines Einzelnen übersteigt. Man wird dem Verfasser deshalb nicht zürnen, wenn ihm mancher Fehler untergelaufen ist, aber man wird andererseits doch auch die Forderungen selbst, welche man an eine wissenschaftliche Ausgabe zu stellen hat, nicht herabsetzen. Es würde das vor allem gegen den Sinn des Verfassers sein, der sich das höchste Ziel gesteckt hat.

Der begreifliche Wunsch, den ersten Band der Universität Montpellier zu ihrem Jubelfeste darzubringen, liess den Druck beschleunigen, hatte aber auch die Folge, dass das Verzeichniss der Druckfehler länger werden musste als zu wünschen wäre, und dass es keineswegs vollständig ist. Ich füge allein von p. 46 aus dem Briefe Johannis XXII. an König Philipp hinzu 46² Z. 4 nota für vota, Z. 16 et für ut, Z. 26 fehlt der Punkt nach manifeste und statt et ist Et zu lesen. Z. 43 ist decanis zu lesen statt de causis. Bei den folgenden Bänden wird hoffentlich kein äusserer Anlass die Ruhe stören, mit der der Druck eines so grossartigen auf lange Zeit hinaus die Grundlage der Forschung bildenden Werkes überwacht werden muss.

Mit gleichem Nachdruck spreche ich den Wunsch aus, dass Fournier die Grundsätze strenger fasse, nach denen er die Urkunden druckt, und über die unter den Meistern deutscher und französischer Forschung kein Zweifel besteht. Fournier zählt zwar in einer Anmerkung zu Beginn der drei Universitäten die sources manuscrits und sources imprimées auf, auch werden nach jeder Urkunde einige Handschriften und Drucke genannt, aber man ist nicht immer in der Lage zu beurtheilen, auf welche dieser Quellen der Druck sich stützt, und wie sich dieser Druck zu den früheren verhält. Die Angaben über alles dies sind ungleichmässig und ungenügend. Mir fehlen hier die Werke von Rangeard, Lemaire u. a., und die Auszüge, die ich früher aus denselben machte, reichen nicht aus, um Vergleichen in grösserem Umfange anzustellen und im einzelnen zu zeigen, wie oft z. B. die älteren Drucke und wesentliche Abweichungen ihrer Lesarten anzuführen waren, damit kein Zweifel bestehe, ob der Herausgeber sie mit voller Kenntniss und guten Gründen verwarf, aber manche Spuren weisen darauf hin, dass nicht immer eine auf der Durcharbeitung alles zugänglichen Materials beruhende Ausgabe, sondern mehr nur der Abdruck einer Ueberlieferung geboten wird, oder nur gebessert durch einzelne Vergleichen.

Eine genauere Probe machte ich mit dem oben schon angeführten Briefe Johannis XXII. an König Philipp von Frankreich vom 6. Juni 1318 und sie mag mein Urtheil verdeutlichen. Ein Stück dieses Briefes hat Denifle, Universitäten des Mittelalters I S. 267, Anm. 175 abgedruckt und theilt mit, dass der Brief im Vaticanischen Archiv in drei Abschriften vorhanden ist, ohne jedoch das Verhältniss derselben anzugeben. Fournier erwähnt diesen Druck nicht, obschon er einen so wesentlich abweichenden Text bietet, dass man bei der Benutzung die Ueberzeugung gewinnen muss, dass entweder der eine oder der andere oder beide fehlerhaft sein müssen. Ich sandte deshalb eine Abschrift

von Fourniers Text mit Denifles Abweichungen an einen in archivalischen Arbeiten vorzüglich geübten gelehrten Freund in Rom, der mir dann eine sorgfältige Collation und Bericht sandte. Danach ist das Schreiben im Vaticanischen Archiv dreimal vorhanden. I. Reg. Vatic. vol. 109 ep. 817, citirt von Denifle, *Universitäten* I 267 Anm. 175 als Reg. Vat. Joh. XXII. Secret. ann. 1. 2. tom. 1. ep. 817 Bl. 223^b. II. Reg. Vatic. vol. 110 ep. 233, citirt von Denifle a. a. O. als Reg. Vat. Joh. XXII. Secret. ann. 1. 2. tom. 2. ep. 233. III. Reg. Vatic. vol. 110 ep. 616, citirt von Denifle a. a. O. S. 267 Anm. 176 als Reg. Vat. Secret. tom. 2. ep. 616 und von Fournier als Jean XXII. ann. 4. tom. 2. ep. 616. Dieser Band, der die ersten 4 Jahre Johann XXII. umfasst, enthält also die Urkunde zwei Mal, und zwar in ep. 616 als Transsumpt. Nach dem treffenden Urtheil meines Gewährsmannes, das sich auf die mir übersandte sehr sorgfältige Vergleichung stützt, gehen „I., II. und III., wie die Varianten beweisen, alle selbständig auf die Vorlage zurück; I. und II. stehen sich nahe und scheinen mir vor III. den Vorzug zu verdienen“.

Fournier hat eine solche Vergleichung überhaupt nicht angestellt, obwohl ihm aus Denifle alle drei Formen bekannt sein mussten, er giebt nur einen Abdruck von III., wenigstens muss man glauben, dass diese Quelle benutzt ist, weil sie an erster Stelle unter den Belegen am Schluss der Urkunde steht ¹⁾. Fournier p. 48¹ Z. 6—10 „Arch. Vatic. Jean XXII, an. IV, t. 2. ep. 616. — Le Maire, *Hist. de la ville et duché d'Orléans* p. 30. Texte dans tous les mss. précités, sauf dans n. a. t. 1610 et lat. 4354 D.“ Dieser Satz nöthigt uns, anzunehmen, dass Arch. Vatic. Jean XXII an. IV. t. 2. ep. 616 zu Grunde gelegt und dass daneben der Druck bei Le Maire und die Register der Nationen u. s. w. benutzt worden sind, welche p. 1 Anm. 1 aufgezählt und mit der Formel dans tous les mss. précités etc. angezogen werden. Diese Erwähnung ist nun so allgemein gehalten, dass man die Ueberzeugung gewinnt, Fournier habe ihre Ueberlieferung ebensowenig untersucht wie die der drei Vaticanischen Texte. Abweichende Lesarten bietet Fournier nur einmal, indem er p. 46^b zu dem unverständlichen *latibus* der Zeile 1 des Textes in der einzigen Anmerkung bemerkt, dass der Liber Nation. Alem. *laribus* biete. Aber woher ist denn *latibus conservatos* des Textes genommen? Man muss glauben aus Reg. Vat. ep. 616 (III.), aber diese sehr lesbar geschriebene Handschrift hat *laboribus conservati*, die beiden anderen Vaticana haben *laribus observati*. Und nun finden sich noch so viele Abweichungen von III., dass es kaum möglich ist, zu glauben, dass dieses Ms. dem Druck von Fournier zu Grunde

¹⁾ Fournier giebt S. 46 unter Nr. 55 den Brief Johannis XXII. an seinen Legaten, den Cardinal Gaucelin, vom 15. Nov. 1519, in welchem Johann XXII. seinen Brief an den König vom 6. Juni 1318 aufgenommen hat, es ist das der von mir als Form III bezeichnete Transsumpt. Ein besonderer Abdruck dieses Briefes war deshalb nicht nöthig, aber er musste doch als Regest in der chronologischen Reihe verzeichnet werden. Da fehlt er aber, unter dem 6. Juni 1318 hat Fournier als Nr. 52 ein Schreiben des Königs, dieses päpstliche fehlt.

liege. Abgesehen von Abweichungen, die sich durch stillschweigende Correctur erklären lassen, wie p. 46¹ Z. 8 v. u. *presentatas* für *presentatis* in III. oder als Druckfehler wie die oben erwähnten *nota* statt *vota* oder p. 46² Z. 5 *que predecessori* statt *que a predecessori* finden sich Abweichungen, die sich ohne eine andere Vorlage nicht wohl erklären lassen. So p. 46¹ Z. 4 v. u. *seriatim* statt III. *tenaciter*, Z. 2 v. u. *nimirum* (wie II) statt III. *injuriarum*, p. 46² Z. 1 das erwähnte *latibus* statt *laboribus*, Z. 13 *tantum* statt III. *tamen*, Z. 19 *singulorum* statt *singularium*, Z. 21 *Universitate* statt III. *voluntate* (Fehler), Z. 25 *attemptaret* statt III. *attemptassent*, Z. 26 *doctor vel rector* statt III. *rector seu doctor*, Z. 31. 32 *tangentibus* statt III. *contingentibus*, Z. 34 *obstantibus* statt III. *obstante*, Z. 37 *forsitan* statt III. *forsitan editis*. Z. 40 *subtrahendis* statt III. *extrahendis*, Z. 42 *ratione* statt III. *occasione*, Z. 43. 44 *de causis* statt III. *decanis* (falls diese Abweichung nicht wie oben versucht wurde als Druckfehler zu fassen ist), p. 47¹ Z. 3 *incurrat* statt III. *incurreret*, Z. 6 *opportunius* statt III. *opportunis*, Z. 7 *inclines* statt III. *inclineris*, Z. 11 *latitudinem* statt III. *beatitudinem*, Z. 11 *ratione* statt III. *romane*, Z. 12 *romane* das III. fehlt, Z. 13 *adhibere* statt III. *ad clare memorie*, Z. 18 *curantes* statt III. *curarunt*, Z. 21 *servant* statt III. *fuerunt*, Z. 22 *quantam incommoditatem* statt *quantum incommoditatis*.

In den Fällen, wo I. und II. von III. abweichen, steht Fourniers Text meist, aber nicht immer III. näher, was sich aber auch erklärt, wenn nicht III. sondern eins der zur Gruppe III (Transsumpt) gehörenden französischen Mss. als Vorlage diente. Leider fehlt mir Le Maire, um zu vergleichen wie sich Fournier zu dessen Text verhält — aber wie dem auch sei, es ist zweifellos, dass hier der Druck von Fournier das wissenschaftliche Bedürfniss nicht befriedigt.

Und wie steht es mit Denifle? Er will keine Ausgabe geben und es gereicht ihm nicht zum Vorwurf, dass er nicht den vollständigen Apparat mittheilt. Dagegen durfte der Verweis auf den Druck und die Vergleichung der drei ihm vorliegenden, an einer Stelle (III. *rector seu doctor* I. und II. *rector seu decanus*) sachlich abweichenden Texte der Vaticanischen Register nicht fehlen. Diese Abweichung wenigstens musste hervorgehoben werden. Schlimmer jedoch ist, dass Denifle aus dem Satze, welcher von der academischen Gerichtsbarkeit oder vielmehr von dem Verfahren in Streitsachen zwischen Scholaren und Bürgern handelt, *quod universitas ipsa, rector doctores aut scolares illius de factis singularium scolarium et doctorum universitatis nomine se nullatenus intromittant nec factum persone singularis alicujus de universitate jam dicta tamquam universitas prosequantur, nisi doctor vel scholaris contra civem Aurelianensem vel civis contra doctorem aut scolarem actionem civilem vel criminalem forsitan intarent* die Worte *contra civem Aurelianensem vel civis* weggelassen hat. Von so störendem Fehler ist Fournier frei, aber da sein Druck nicht auf Vergleichung der verschiedenen Formen der Ueberlieferung beruht, so genügt derselbe nicht, um festzustellen, ob jene Stelle nicht etwa in

den von Denifle benutzten Mss. also in den oben als I. und II. bezeichneten Reg. Vatic. vol. 109 ep. 817 und vol. 110 ep. 233 fehle. Die vor mir liegende Collation stellt fest, dass beide Mss. die Worte haben, ebenso auch III (Reg. Vat. 110 ep. 616).

Doch genug der kritischen Bemerkungen, sie sollen nur meinen Wunsch begründen, dass es dem Verfasser gelingen möge, eine genügende Anzahl von Gehülften und Mitarbeitern zu gewinnen, um die Massen des Stoffes zu bewältigen, unter denen der Einzelne nothwendig erliegen muss. Eine grosse Förderung der Wissenschaft, eine ungemaine Erleichterung der Forschung bietet dieser Band jedenfalls, aber mit der nöthigen Hülfe kann der gelehrte Verfasser uns weit mehr bieten und dann erst auch die Befriedigung von seiner Arbeit haben, die der beste Lohn unserer Mühe ist.

Münster i. W.

G. Kaufmann.

In der Zeit, die zwischen der Niederschrift und dem Druck dieser Besprechung liegt, ist nun auch T. II erschienen und, wie ich soeben erfahre, auch tome III, mit dem das ganze Werk abgeschlossen ist. Ferner ist auch die oben erwähnte Preisschrift Fourniers erschienen und zwar als (zuerst ausgegebener) t. III einer Histoire de la science du droit en France, welcher den besonderen Titel führt: Les universités françaises et l'enseignement du droit en France au Moyen-Age. Ueber diese werde ich demnächst berichten.

Breslau.

G. Kaufmann.

Von der Savigny-Stiftung.

Die K. bayerische Akademie der Wissenschaften, welcher vom Curatorium der Savigny-Stiftung zu Berlin die Verfügung über eine Jahresrente genannter Stiftung übertragen ist, stellt folgende Preisaufgabe:

„Revision der gemeinrechtlichen Lehre
vom Gewohnheitsrecht.“

Die Preisbewerbung, von welcher nur die einheimischen ordentlichen Mitglieder der k. bayerischen Akademie der Wissenschaften ausgeschlossen sind, ist an keine Nationalität gebunden, doch dürfen die Bearbeitungen der Preisaufgabe nur in lateinischer oder deutscher oder englischer oder französischer oder italienischer Sprache verfasst sein.

Der unerstreckliche Einsendungstermin der Bearbeitungen, welche an die k. bayerische Akademie der Wissenschaften zu München zu adressiren sind und an Stelle des Namens des Verfassers ein Motto tragen müssen, welches an der Aussenseite eines mitfolgenden, den Namen des Verfassers enthaltenden verschlossenen Couverts wiederkehrt, ist der 1. August 1894.

Der Preis beträgt 4000 Mark; derselbe wird erst dann ausbezahlt, wenn die Veröffentlichung der Preisschrift durch den Druck bewirkt ist.

München, den 15. Juli 1891.

Die Königlich Bayerische Akademie der Wissenschaften.

Preisaufgaben der Rubenow-Stiftung.

1. Geschichte der öffentlichen Meinung in Preussen
und speciell in Berlin während der Jahre 1795—1806.

Es wird verlangt, eine auf eindringendem Quellenstudium beruhende methodische Bearbeitung der Aeusserungen der gebildeten Kreise über die äussere und innere Politik des Staates, soweit solche

in Zeitungen, Pamphleten, Druckschriften aller Art zu Tage getreten sind. Die Darstellung hat an geeigneten Punkten die Einwirkung jener Aeusserungen sowohl auf die massgebenden Persönlichkeiten wie auf die Volksstimmung zu würdigen. Erwünscht wäre ein tieferer Einblick in die etwaigen persönlichen Motive hervorragender Wortführer.

2. Die Entwicklung des deutschen Kirchenstaatsrechts im 16. Jahrhundert.

Erwartet wird eine ausführliche, auch in die Sondergeschichte wenigstens einzelner wichtigerer Territorien und Städte eingehende, möglichst auf selbständiger Quellenforschung beruhende Darlegung der dem Reformations-Jahrhundert charakteristischen kirchenstaatsrechtlichen Grundsätze und Verhältnisse. Insbesondere erscheint erwünscht eine gründliche Prüfung der Rechtsstellung der staatlichen Gewalten zur Kirche unmittelbar vor dem Auftreten der Reformatoren, sowie der Einwirkung einerseits der vorreformatorischen kirchenpolitischen Literatur auf die reformatorische Bewegung, andererseits der reformatorischen Anschauungen selbst auf die Gesetzgebung und Praxis, nicht nur der protestantischen, sondern auch der katholischen Fürsten und Stände.

Dem Ermessen des Verfassers bleibt überlassen, ob und wieweit er seine Arbeit auf Deutschland beschränken oder auch ausserdeutsche Staaten in den Bereich seiner Darstellung ziehen will; ebenso die Bestimmung des Endpunktes der darzustellenden historischen Entwicklung und die definitive Formulirung des Titels.

3. Es sollen die Geschichtswerke des Thomas Kantzow kritisch untersucht und es soll auf Grund der Untersuchung eine kritische Textausgabe der beiden hochdeutschen Bearbeitungen der Pommerschen Chronik hergestellt werden.

Wenngleich die niederdeutsche Chronik von der Edition ausgeschlossen wird, ist doch selbstverständlich das Verhältniss derselben zu der hochdeutschen Recension in der Voruntersuchung gründlich darzulegen, und es ist womöglich auch das Verhältniss der sogenannten Pomerania zu Kantzows Werken festzustellen. Dem Befinden des Bearbeiters bleibt es überlassen, ob er den Text der beiden in Rede stehenden Recensionen vergleichend zusammenstellen oder jeden für sich gesondert wiedergeben will.

4. Entwicklung der Landwirthschaft in Preussen nach der Bauernbefreiung.

Es sind die technischen Folgen der verschiedenen Massregeln der Bauernbefreiung von 1811—1857, insbesondere der veränderten Grundbesitzvertheilung, für die landwirthschaftliche Production der in Betracht kommenden älteren Theile Preussens eingehend zu untersuchen

und dabei namentlich die Wirkungen für die bäuerlichen Wirthschaften einerseits und für die grossen Güter andererseits auseinanderzuhalten. Die vorhergegangene Entwicklung auf den Domänen soll wenigstens einleitungsweise behandelt und die ganze Untersuchung zeitlich so weit ausgedehnt werden, dass auch die Wirkungen der letzten Massregeln von 1850—1857 erkenntlich werden — also ungefähr bis zum Ende der sechsziger Jahre, bis zum Beginne der modernen Agrarkrisis. Die Lehren, welche sich für letztere etwa aus der betrachteten Entwicklung ergeben, würden dann den naturgemässen Schluss bilden. Es soll dem Bearbeiter jedoch gestattet sein, sich eventuell in der Hauptsache auf die Provinz Pommern zu beschränken.

Die Bewerbungsschriften sind in deutscher Sprache abzufassen. Sie dürfen den Namen des Verfassers nicht enthalten, sondern sind mit einem Wahlspruche zu versehen. Der Name des Verfassers ist in einem versiegelten Zettel zu verzeichnen, der aussen denselben Wahlspruch trägt.

Die Einsendung der Bewerbungsschriften muss spätestens bis zum 1. März 1896 geschehen. Die Zuerkennung der Preise erfolgt am 17. Octbr. 1896.

Als Preis für die drei ersten Aufgaben haben wir je 2000 Mark, für die vierte 1000 Mark ausgeworfen.

Greifswald, im December 1891.

Rector und Senat hiesiger Königl. Universität.
Zim m e r.

•

REGISTER
ÜBER
DEN ROMANISTISCHEN INHALT
DER
ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE
N. F. BAND I—XII.

Register

über den romanistischen Inhalt der Zeitschrift für Rechtsgeschichte N. F. Band I—XII.

I. Abhandlungen, Quellenpublicationen und Miscellen.

A.

W. M. d'Ablaing, Zur Bibliothek der Glossatoren IX, [13](#).

Fr. Altmann, Ueber einen Ordo iudiciarius vom Jahre 1204 X, [44](#).

B.

J. Baron, Der Process gegen den Schauspieler Roscius I, [116](#).

E. L. Bekker, „Recipere“ und „permutare“ bei Cicero III, [1](#).

—, Zur Lehre von den Conditionen und adjecticischen Klagen IV, [92](#).

—, Zu den Lehren von der L. A. sacramento, dem Utipossidetis und der Possessio (Schultze — Dernburg — Brinz) V, [136](#), [288](#).

—, Aus den Grenzmarken der geschichtlichen Rechtswissenschaft VI, [68](#).

—, Litterarische Besprechung IV, [145](#).

K. Bernstein, Zur Lehre vom legatum optionis I, [151](#).

—, Die subjectiv-alternativen Rechtsgeschäfte von Todeswegen IV, [177](#).

F. B. Bremer, Zur Geschichte des keltischen Provinzialrechts. Kritik von Mommsens Emendation in Dig. [23](#), [3](#), [9](#), [3](#) II, [134](#).

—, Ulpians Verhältniss zu Gallien IV, [84](#).

H. Bresslau, Die Commentarii der römischen Kaiser und die Registerbücher der Päpste VI, [242](#).

Brinz, Gutachten für die Academie in München über eine Arbeit zur Reconstruction der Actionen-, Interdicts-, Exceptions- und Stipulationsformulare IV, [164](#).

E. Brunnenmeister, Litterarische Besprechung VIII, [265](#).

H. Brunner, Traditio per epistolam IV, [142](#).

C. G. Bruns, Die Savigny-Stiftung I S. III.

—, Die Testamente der griechischen Philosophen I, [1](#).

—, Nachruf für denselben I, [195](#).

Buhl, Africans Quaestionen und ihr Verhältniss zu Julian II, [180](#).

H. Burckhard, Zu Cicero de legibus II, 19—21 IX, [286](#).

C.

- E. Caillemer, Zur Pariser Handschrift des Tübinger Rechtsbuches N. 4917 VIII, [260](#).
- L. Chiappelli, Neue Bemerkungen über die Pistoieser Glosse zum Justinianischen Codex VIII, [86](#).
- , Jl. Mm. Torinese delle Istituzioni XI, [308](#).
- M. Conrat (Cohn), Eine Leydener Handschrift der Epitome Aegidii I, [197](#).
- , Ueber das neue Fragment de dediticiis II, [90](#).
- , „Ein Wort“ zu den [12](#) Tafeln II, [111](#).
- , Ueber die Epitome Codicis Florentina IV, [130](#).
- , Zur Entstehung der Rechtsschule von Bologna IV, [141](#).
- , Zum Ashburnhamer Rechtsbuch, Quelle der Exceptiones Petri VIII, [262](#).
- , Aus Handschriften IX, [387](#).
- 1) Lex legum S. [387](#). 2) Zum Codex Theodosianus S. [37](#). 3) Tres libri S. [392](#). 4) Isidor S. [393](#). 5) Rhetorik S. [393](#).
- , Eine unbekannte Constitution über die dos X, [140](#).
- , Zur Litteratur des römischen Rechts im Zeitalter Justinians X, [141](#).
- 1) Lemmata zur Epitome Juliani S. [141](#). 2) Turiner Institutionenglosse S. [141](#). 3) Die Sammlung de rebus ecclesiae S. [142](#).
- , Canonensammlungen mit römischem Recht aus dem früheren Mittelalter X, [143](#).
- 1) Die Sammlung des Cod. Philipps 1741 und S. German. [366](#) S. [143](#). 2) Die Sammlung des Cod. Vatican. 1339 S. [143](#). 3) Neue Canonensammlungen S. [143](#).
- , Hinweis auf einen Palimpsest X, [144](#).
- , Kirchenpolitische Schriften und Canonensammlungen des [11](#). und [12](#). Jahrhunderts, welche römisches Recht enthalten XI, [306](#).
- , Pandekten bei Anselm von Lucca XI, [308](#).

D.

- H. Degenkolb, Zur Regel: „quicquid non agnoscit glossa etc.“ VII, [1](#). Heft, S. [141](#).
- G. Demelius, Der vindex bei in ius vocatio II, [3](#).
- , Zur Erklärung der lex metalli Vipascensis IV, [33](#).

E.

- E. Eck, Neue pompejanische Geschäftsurkunden IX, [60](#).
- , Nachtrag dazu IX, [151](#).
- Fr. Eisele, Translatio iudicii nach der litis contestatio II, [138](#).
- , Zur ältesten Cognitur V, [191](#).
- , Zur Diagnostik der Interpolationen in den Digesten und im Codex VII, [1](#). Heft S. [15](#).
- , Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen. Erster Beitrag X, [296](#).
- , Zweiter Beitrag XI, [1](#).

Fr. Eisele, Zu Gaius XI, [199](#).

1) Zu Gaius [1, 7](#) S. [199](#). 2) Zu Gaius [4, 16](#) S. [203](#).

H. Erman, Beiträge zur Publiciana XI, [212](#).

Besprechung von: Appleton, Histoire de la propriété prétorienne et de l'action Publicienne.

—, Litterarische Besprechung IV, [259](#).

A. Exner, Die imaginäre Gewalt im altrömischen Besitzstörungsverfahren VIII, [167](#).

F.

E. C. Ferrini, Atilicinus VII, [1](#) Heft, S. [85](#).

—, De Justiniani Institutionum compositione coniectanea XI, [106](#).

Finály, Zu Gaius IV, [13 I](#), [90](#).

Fitting, Ueber die Vaticanische Glosse des Brachylogus V, [256](#).

—, Zur Geschichte der Rechtswissenschaft im Mittelalter VI, [94](#).

—, Nachtrag dazu VI, [275](#).

—, Ueber neue Beiträge zur Geschichte der Rechtswissenschaft im Mittelalter VII, [2](#) Heft, S. [1](#).

—, Ueber die Stellen des römischen Rechts in einer Streitschrift des Cardinals Deusdedit IX, [376](#).

—, Praescribere IX, [364](#).

—, Eine bisher unbekannte Handschrift des Justinianus Codex X, [139](#).

Fr. Freund, Litterarische Besprechungen V, [269](#). VI, [280](#).

G.

O. Geib, Actio fiduciae und Realvertrag VIII, [112](#).

L. Goldschmidt, Inhaber-, Order- und executorische Urkunden im classischen Alterthum X, [352](#).

O. Gradenwitz, Per traditionem accipere in den Pandekten VI, [56](#).

—, Nachtrag dazu VI, [277](#).

—, Interpolationen in den Pandekten VII, [1](#) Heft, S. [45](#).

—, Zum Wörterbuche der classischen Rechtswissenschaft VIII, [279](#).

—, Zum Sprachgebrauche des prätorischen Edicts VIII, [251](#).

—, Zu Wölfflins Aufsätze über das Wörterbuch der classischen Rechtswissenschaft IX, [98](#).

—, Das neu aufgefundene Fragment über die formula Fabiana IX, [394](#).

—, Das Statut für die Zunft der Elfenbeinarbeiter XI, [72](#).

—, Litterarische Besprechungen VIII, [269](#). IX, [184](#).

H.

L. M. Hartmann, Ueber Rechtsverlust und Rechtsfähigkeit der Deportirten IX, [42](#).

Heck, Die fiducia cum amico contracta, ein Pfandgeschäft mit Salmann X, [82](#).

1) Die Verwendung der fiducia cum amico zu Pfandzwecken S. [83](#).

- a) Die Gaiusstelle S. [84](#). b) Zwei Interpolationen für die fiducia cum amico S. [87](#). c) Die spanische Fiduciartafel S. [95](#). d) Einzelheiten und praktische Bedeutung S. [98](#).
- [2](#)) Die angebliche Verwendung der fiducia cum amico zu anderen als zu Pfandzwecken S. [101](#).
- a) Die Bedeutung des Wortes fiducia und der abgeleiteten Ausdrücke S. [102](#). b) Die Boethiusstelle S. [114](#). c) Die angeblichen Interpolationen für die fiducia cum amico S. [115](#).

Hellmann, naturalis obligatio ex pacto? XII, [325](#).

P. Hinschius, Litterarische Besprechung VII, 1. Heft, S. [147](#).

O. Hirschfeld, Zu der lex Narbonensis über den Provinzialflaminat IX, [403](#).

—, Litterarische Besprechung IX, [194](#).

E. Hölder, Das testamentum per aes et libram I, [67](#).

—, Das Familienrecht des suus heres III, [211](#).

—, Zur Frage von dem gegenseitigen Verhältnisse der lex Aelia-Sentia und Junia-Norbana VI, [205](#).

—, Erwiderung auf den Aufsatz Schneiders über die „Latini Juniani“ VII, 1. Heft, S. [44](#).

—, Philosophie und geschichtliche Rechtswissenschaft XI, [52](#).

R. v. Hube, Zur Beleuchtung der Schicksale des sogenannten Syrisch-Römischen Rechtsbuches III, [17](#).

E. Huschke, Die Pariser Fragmente aus Papinians responsa V, [166](#).

—, Weitere Beiträge zur Pandektenkritik (nach dem Tode Huschkes herausgegeben von M. Wlassak) IX, [331](#).

I.

Istituto di Diritto Romano, Statut desselben VIII, [305](#).

K.

Kaufmann, litterarische Besprechung XII, [369](#).

—, Codex der Statuten von Padua XII, [366](#).

Th. Kipp, Litterarische Besprechungen IX, [159](#); IX, [165](#); X, [397](#); XI, [331](#).

E. Klebs, Die servianische Centurienordnung XII, [181](#).

Hugo Krüger, Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia XI, [165](#).

—, Litterarische Besprechung X, [167](#).

Paul Krüger, Zur Lehre vom Widerruf der Testamente I, [53](#).

—, Die Berliner Fragmente vorjustinianischer Rechtsquellen I, [93](#).

—, Die Berliner Fragmente von Papinians responsa II, [83](#).

—, Die Sinai-Scholien zu Ulpians libri ad Sabinum IV, [1](#).

—, Zur Formel der actio de peculio IV, [108](#).

—, Die Pariser Fragmente aus Papinians responsa V, [166](#).

—, Ueber furtum conceptum, prohibitum und non exhibitum V, [219](#).

—, Die Vaticanischen Scholien zum Codex Theodosianus VII, 1. Heft, S. [138](#).

- Paul Krüger, Ueber den Widerruf eines Testamentes durch Zerschneiden des linum VII, 2. Heft, S. [91](#).
 —, Ueber die Zusammensetzung der Digestenwerke VII, 2. Heft, S. [94](#).
 —, Ueber die Verwendung von Papyrus und Pergament für die juristische Litteratur der Römer VIII, [76](#).
 —, Bemerkungen zu Schirmers Replik in Sachen des linum testamenti incisum VIII, [109](#).
 —, Das juristische Fragment der Sammlung des Erzherzogs Rainer IX, [144](#).
 B. Kübler, Zu Cicero de legibus II, 19—21 XI, [37](#).
 —, Emendationen des Pandektentextes XI, [45](#).
 Maurus Kiss, Litterarische Besprechung IV, [156](#).

L.

- E. Landsberg, Bologneser Festschriften über Bologna IX, [405](#).
 —, Das Madrider Manuscript von Azos Quaestiones X, [145](#).
 —, Litterarische Besprechungen X, [147](#). XI, [326](#).
 C. F. Lehmann, Die Haftung des conductor operis für custodia IX, [110](#).
 O. Lenel, Zu fr. 1 de superficiebus ([43](#), [18](#)) I, [91](#).
 —, Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictscommentare. Mit einer Tafel II, [14](#).
 1) Der Titel von den Municipalmagistraten S. [16](#).
 a) Si quis ius dicenti non obtemperaverit S. [17](#). b) Si quis in ius vocatus non ierit S. [21](#). c) De cautione et possessione ex causa damni infecti danda S. [24](#). d) De administratione rerum ad civitates pertinentium S. [25](#). e) De fugitivis S. [29](#). f) Ad edictum Hadriani S. [31](#). g) De vadimonio Romam faciendo S. [35](#).
 2) Der vindex bei der in ius vocatio S. [43](#). 3) Zum Titel de postulando S. [54](#). 4) Die actio recepticia S. [62](#). 5) Die actio prohibitoria S. [72](#).
 —, Zum Papyrus Bernardakis. Mit einer Tafel II, [233](#).
 —, Quellenforschungen in den Edictcommentaren III, [104](#). [177](#).
 Fortsetzung davon IV, [112](#).
 1) Zur actio fiduciae III, [104](#). [177](#). 2) Zum Interdictum Salvianum III, [180](#). 3) Zur actio de modo agri III, [190](#). 4) Zu den Klagen des argentarius und bonorum emptor IV, [112](#).
 —, Kritisches und Exegetisches VIII, [195](#).
 1) Zur Texteskritik der Collatio S. [195](#). 2) Zu fr. 23 § 2 de usurp. ([41](#), 3) S. [198](#). 3) Zu fr. 14 de fideiussoribus ([46](#), 1) S. [202](#). 4) Zu fr. Vatic. [334](#) S. [205](#).
 —, Das erzwungene Testament X, [71](#).
 —, Litterarische Besprechungen IV, [149](#); V, [262](#); IX, [177](#).
 von der Leyen, Ein Index zu den Digesten IV, [125](#).
 v. Lingenthal vgl. Zachariae.

M.

- R. Maschke, Zur Theorie und Geschichte der Popularklagen. Erster Beitrag VI, [226](#).
 —, Litterarische Besprechung VII, 2. Heft, S. [142](#).
 J. Merkel, Litterarische Besprechungen III, [171](#); III, [174](#); IV, [143](#); V, [283](#); VII, 2. Heft, S. [148](#).
 Th. Mommsen, Die römischen Anfänge von Kauf und Miethe VI, [260](#).
 —, Eine Inschrift aus der Umgegend von Rom VIII, [248](#).
 —, Die Benennungen der Constitutionensammlungen X, [345](#).
 —, Zu Papinians Biographie XI, [30](#).
 —, Inschrift von Kos XI, [34](#).
 —, Zdekauer über die Florentiner Pandektenhandschrift XI, [302](#).
 —, Nachtrag dazu XI, [303](#).
 —, Pamphyliche Inschriften XI, [303](#).
 —, Gordians Dekret von Skaptoparene XII, [244](#).
 —, Iudicium legitimum XII, [267](#).
 —, Aegyptischer Erbschaftsprozess v. J. [124 n. Chr.](#) XII, [284](#).
 H. W. Mündlerloh, Zur Geschichte der Besitzklagen III, [219](#).
 Fortsetzung davon IV, [61](#).

N.

- Th. Niemeyer, Fiducia cum amico und depositum XII, [297](#).
 —, Litterarische Besprechung XI, [312](#).

O.

- W. Ohnesseit, Ueber den Ursprung der Aedilität in den italischen Landstädten IV, [200](#).

P.

- A. Pernice, Bruchstücke aus einem Gedichte zur Geschichte Friedrich Barbarossas I, [88](#).
 —, Parerga. I Theil: Zum römischen Gesellschaftsvertrage III, [48](#).
 II. Theil: Beziehungen des öffentlichen römischen Rechts zum Privatrechte V, [1](#).
 III. Theil: Zur Vertragslehre der römischen Juristen IX, [195](#).
 —, Die Herkunft der Florentina aus Amalfi VI, [300](#).
 —, Amoenitates iuris VII, 1. Heft, S. [91](#).
 Fortsetzung davon VII, 2. Heft, S. [113](#).
 1) lex Tappula convivalis VII, 1. Heft, S. [91](#). 2) Eine Inschrift aus der afrikanischen Provinz Byzacena VII, 1. Heft, S. [97](#).
 3) Ueber c. 2 de ped. iud. [3, 3](#) VII, 1. Heft, S. [103](#). 4) Ordo salutationis et commodorum VII, 2. Heft, S. [113](#).
 —, C. G. Bruns, Kleinere Schriften III, [141](#).
 —, Litterarische Besprechungen: IV, [157](#); VI, [287](#); VII, 1. Heft, S. [141](#); VII, 2. Heft, S. [150](#).

- H. H. Pernice, Litterarische Besprechungen: V, [276](#); V, [279](#); VI, [284](#); VII, [1](#) Heft, S. [148](#).
 G. Pescatore, Ueber zwei bisher unbeachtet gebliebene kleinere Glossatorenschriften (Ms. Par. Nr. 4603) IX, [153](#).

R.

- E. Roth, Beitrag zur Lehre von der legis actio sacramento in rem III, [121](#).
 M. Rümelin, Litterarische Besprechung X, [160](#).
 E. Ruhstrat, Der Prozess gegen den Schauspieler Roscius III, [34](#).
 — Ueber die römischen Handlungsbevollmächtigten X, [323](#).
 —, Nachtrag dazu X, [338](#).

S.

- Ed. Sachau, Nachtrag zu R. v. Hubes Aufsatz über die Schicksale des sogenannten Syrisch-Römischen Rechtsbuches III, [21](#).
 K. Salkowski, Zu Gaius II § 104 III, [197](#).
 G. Salvioli, Die vaticanischen Glossen zum Brachylogus IV, [226](#).
 Schiffner, Fund in der Innsbrucker Universitätsbibliothek X, [144](#).
 Th. Schirmer, Das Familienvermögen und die Entwicklung des Notherbrechts bei den Römern II, [165](#).
 —, Noch einmal das Jagdrecht des römischen Grundeigenthümers III, [23](#).
 —, Zur Lehre vom furtum V, [207](#).
 —, Vom Widerruf des Testamentes durch Zerstörung des Verschlusses VII, [1](#) Heft, S. [1](#).
 —, Replik in Sachen des linum testamenti incisum VIII, [99](#).
 —, Die angeblichen Interpolationen bei Scaevola VIII, [155](#).
 —, Beiträge zur Interpretation von Scaevolas Digesten XI, [84](#).
 Ad. Schmidt, Ueber die legis actio per iudicis postulationem II, [145](#).
 —, Zum internationalen Rechtsverkehr der Römer IX, [122](#).
 —, Das Recht der superficies XI, [121](#).
 Joh. Schmidt, Die Senatsbeschlüsse über die Thisbäer vom Jahre 170 v. Chr. II, [116](#).
 A. Schneider, Die lex Iunia Norbana V, [225](#).
 —, Die Latini Iuniani und das Berliner Fragment de dediticiis VI, [186](#).
 —, Noch einmal die „Latini Iuniani“ und Ulp. [1](#), [12](#). Eine Replik VII, [1](#) Heft, S. [31](#).
 F. Schollmeyer, Litterarische Besprechung VI, [278](#).
 W. Schum, Ueber das Halberstädter Bruchstück einer Handschrift des Codex Theodosianus IX, [365](#).
 —, Römisches Recht in Thüringen um 1300 XI, [304](#).
 Th. Schwalbach, Zur Geschichte der Lehre von den Processeinreden II, [199](#).
 —, Ueber ungiltige Urtheile und die consumirende Wirkung der Litiscontestation VII, [113](#).
 O. Seeck, Die Zeitfolge der Gesetze Constantins. [I](#) u. [II](#) Abtheilung X, [1](#) [177](#).

- E. Sehling, Das Strafsystem der lex Iulia de adulteriis IV, [160](#).
 L. Seuffert, Litterarische Besprechung V, [264](#).
 P. Sokolowski, Zur sogenannten exceptio divisionis XI, [278](#).
 E. Stampe, Litterarische Besprechung IX, [432](#).

T.

- Giovanni Tamassia, Ein ungedruckter ordo iudiciorum des Johannes Bassianus VII, [2](#) Heft, S. [139](#).
 A. v. Tuhr, Litterarische Besprechungen: VII, [2](#) Heft, S. [161](#); X, [173](#); X, [404](#); XI, [311](#).

W.

- Wiedemann, Versuch einer Erklärung der [L 7](#) Dig. sol. matrimonio ([24, 3](#)) VII, [2](#) Heft, S. [106](#).
 M. Wlassak, Ueber die sponsio tertiae partis IX, [382](#).
 —, Zur Frage der Reform der municipalen Jurisdiction unter Augustus IX, [383](#).
 —, Zur Frage der Centumviralcompetenz in spätclassischer Zeit IX, [385](#).
 —, Zu Gaius IV, [11](#) IX, [386](#).
 E. Wölfflin, Zum Wörterbuche der classischen Rechtswissenschaft IX, [1](#).

Z.

- E. Zachariae v. Lingenthal, Zur Lehre von der laesio enormis IV, [49](#).
 —, Die Meinungsverschiedenheiten unter den justinianischen Juristen VI, [1](#).
 —, Von den griechischen Bearbeitungen des Codex VIII, [1](#).
 —, Aus und zu den Quellen des römischen Rechts I. Theil VIII, [206](#).
 1) Einleitung S. [206](#). 2) Digesten [12, 3, 9](#). Dig. [47, 2, 19](#) § 3, S. [208](#). 3) Das fraudulentum Interdictum Dig. [17, 2, 68](#) § 1 und die Lücke in Dig. [42, 8, 25](#). S. [211](#). 4) Die lex Furia de sponsu und Dig. [17, 1, 29](#) § 6. Cod. [8, 40 \(41\), 29](#), S. [213](#). 5) Die Klage gegen den Curator S. [218](#). 6) Die iudices pedanei oder χαμαιδικασται und die θεῖοι δικασται S. [221](#). 7) Actio aedium incensarum S. [224](#). 8) Die legis Aquiliae utilis und die in factum actio S. [225](#). 9) De rebus minorum sine decreto non alienandis S. [230](#). 10) Execution und Gant S. [232](#). 11) Die collectio LXXXVII capitulorum und der c. De persona presbyteri [38](#). c. XI. qu. 1 S. [236](#). 12) Die Inscriptionen der Novellen S. [242](#).
 II. Theil X, [252](#).
 13) Papinianus libro III Quaestionum quaestio ultima S. [252](#).
 14) Noch einmal die prohibitoria actio S. [253](#). 15) Die Art der Zusammensetzung der Digesten (Bluhmes Entdeckung) wird schon vom Antecessor Theophilus angedeutet S. [255](#).
 16) Der Antecessor Theophilus ist der Verfasser der griechischen Institutionen S. [257](#). 17) Das Prooemium der griechischen In-

stitutionen S. [258](#). [18](#)) Charakteristische Eigenthümlichkeiten der griechischen Institutionen S. [260](#). [19](#)) Der Digestenindex des Antecessor Theophilus S. [262](#). [20](#)) Umfang und Eigenthümlichkeiten des Digestenindex des Antecessor Stephanus S. [263](#). [21](#)) Der Digestenindex des Stephanus hat den Index des Theophilus zur Grundlage S. [270](#). [22](#)) Die Summen der Digesten von Cyrillus und Anonymus sind nicht abhängig von den Indices des Theophilus, Dorotheus, Stephanus S. [274](#). [23](#)) Die stilistischen Eigenthümlichkeiten der alten Indices S. [280](#). [24](#)) Lücken in der Florentiner Digestenhandschrift S. [283](#). [25](#)) Zur Texteskritik der Digesten S. [284](#). [26](#)) Zur Kritik der c. *Ἀέδωκεν* S. [288](#). [27](#)) Eine Anmerkung zu Novelle XXIII ([24](#)) c. [1](#), S. [291](#). [28](#)) Die Subscription der Nov. LXXXI (Nov. [105](#) Auth. [34](#)) S. [293](#).

E. Zachariae v. Lingenthal, Zur Geschichte des römischen Grundeigenthums IX, [261](#).

—, Zwei litterarische Besprechungen V, [271](#). VI, [281](#).

P. Zirndorfer, Zur Lehre von der insula in flumine nata IV, [233](#).

II. Angezeigte Werke.

B.

Baron, Geschichte des römischen Rechts [I](#) Theil (Schollmeyer) VI, [278](#).

A. Bechmann, Studie im Gebiete der legis actio sacramenti in rem (H. Krüger) X, [167](#).

C. Bertolini, La ratifica degli atti giuridici nel diritto privato romano Vol. [I](#) (A. v. Tuhr) X, [404](#).

C.

Cattaneo, Del nome di Gaio (A. Schneider) IV, [154](#).

L. Chiappelli, Festschrift über Bologna (E. Landsberg) IX, [405](#).

—, Vgl. auch Zdekauer.

Cogliolo, Festschrift über Bologna (E. Landsberg) IX, [405](#).

D.

Demelius, Schiedseid und Beweiseid im römischen Civilprozeß (O. Gradenwitz) VIII, [269](#).

E. Dubois, Institutes de Gaius. 6^e édition par E. Dubois (J. Merkel) IV, [143](#).

E.

Eisele, Cognitur und Procuratur (O. Lenel) IV, [149](#).

[H](#) Erman, Zur Geschichte der römischen Quittungen und Solutionsakte (Fr. Freund) V, [269](#).

F.

- E. C. Ferrini, *Institutionum Graeca Paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa*, rec. E. C. Ferrini. Pars I (E. Zachariae v. Lingenthal) V, 271.
- , *Anecdota Laurentiana et Vaticana* ed. Ferrini (E. Zachariae v. Lingenthal) VI, 281.
- , *Storia delle fonti di diritto Romano e della giurisprudenza Romana* (A. Pernice) VII, 2. Heft, S. 150.
- Fitting, *Festschrift über Bologna* (E. Landsberg) IX, 405.
- J. Flach, *Études critiques sur l'histoire du droit romain au moyen âge avec textes inédits* (E. Landsberg) XI, 326.
- Fournier, *Les Statuts et privilèges des Universités Françaises* (Kaufmann) XII, 369.

G.

- T. F. Girard, *Les actions noxales* (Th. Kipp) X, 397.
- E. Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France* L (O. Hirschfeld) IX, 104.
- O. Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandekten* (O. Lenel) IX, 177.
- Grueber, *The Roman Law of Damage to Property* (A. v. Tuhr) VII, 2. Heft, S. 161.

H.

- Hudemann, *Geschichte des römischen Postwesens während der Kaiserzeit*. 2. Aufl. (J. Merkel) III, 174.

J.

- P. Jörs, *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik* L Theil (M. Rümelin) X, 100.
- Jousserandot, *L'édit perpétuel* (O. Lenel) V, 262.

K.

- Kappeyne van de Coppello, *Abhandlungen zum römischen Recht*. Heft L Ueber Comitien (A. Pernice) VII, 1. Heft, S. 141.
- G. Kaufmann, *Die Geschichte der deutschen Universitäten*. I. Band. (E. Landsberg) X, 147.
- H. Krüger, *Geschichte der capitis deminutio*. Bd. I (Th. Kipp) IX, 159.
- Kuntze, *Prolegomena zur Geschichte Roms* (H. Erman) IV, 259.

L.

- E. Landsberg, *Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum* (L. Seuffert) V, 264.
- , *Iniuria und Beleidigung* (E. Brunnenmeister) VIII, 265.
- , *Das furtum des bösgläubigen Besitzers* (E. Stampe) IX, 432.

M.

- L. Mai, *Der Gegensatz und die Controversen der Sabinianer und Proculianer etc.* (Th. Kipp) X, 165.
- Marcusen, *Die Lehre von der hereditas iacens* (Fr. Freund) VI, 280.

Milone, *La exceptio doli (generalis)* (A. Pernice) IV, 157.

O.

Ofner, *Der Servitutenbegriff nach römischem und österreichischem Recht* (H. Pernice) V, 279.

Olivart, *La posesion* (P. Hinschius) VII, 1. Heft, S. 147.

P.

H. Paalzow, *Zur Lehre von den römischen Popularklagen* (Th. Kipp) XI, 331.

Pescatore, *Festschrift über Bologna* (E. Landsberg) IX, 405.

Piccinelli, *Il pegno di servitù prediali* (H. Pernice) V, 276.

R.

Roby, *An introduction to the study of Justinians Digest* (H. Pernice) VI, 284.

S.

A. Schneider, *Der Process des C. Rabirius* (A. v. Tuhr) XI, 311.

Schönhardt, *Alea. Ueber die Bestrafung des Glücksspiels im älteren römischen Recht* (H. Pernice) VII, 1. Heft, S. 148.

H. Schott, *Das ius prohibendi und die formula prohibitoria* (A. v. Tuhr) X, 173.

Schulin, *Drei akademische Vorträge rechtsgeschichtlichen Inhalts* (A. Pernice) III, 238.

Soltan, *Die Gültigkeit des Plebiscite* (R. Maschke) VII, 2. Heft, S. 142.

T.

G. Tamassia, *Festschrift über Bologna* (E. Landsberg) IX, 405.

V.

Vécsey, *Lucius Ulpius Marcellus* (Maurus Kiss) IV, 156.

M. Voigt, *Über die Bankiers, die Buchführung und die Literalobligation der Römer* (Th. Niemeyer) XI, 212.

W.

Willems, *Le sénat de la république Romaine. Sect. I* (J. Merkel) III, 171.

—, *Sect. II* (J. Merkel) V, 283.

—, *Appendices du tome I et registres* (J. Merkel) VII, 2. Heft, S. 148.

M. Wlassak, *Edict und Klageform* (E. I. Bekker) IV, 145.

—, *Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen* (A. Pernice) VI, 287.

—, *Römische Processgesetze. I. Abth.* (O. Gradenwitz) IX, 184.

Z.

Zdekauer und Chiapelli, *Festschrift über Bologna* (E. Landsberg) IX, 405.

XLII. Band.

(Kan. Abt. XI.)

ZEITSCHRIFT
DER SAVIGNY-STIFTUNG
FÜR
RECHTSGESCHICHTE

HERAUSGEGEBEN

L. MITTEIS, O. GRADENWITZ, E. SECKEL,
E. HEYMANN, U. STUTZ, A. WERMINGHOFF.

ZWEIUNDVIERZIGSTER BAND
LV. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

KANONISTISCHE ABTEILUNG XI.

WEIMAR
HERMANN BÖHLAUS NACHFOLGER
1921.

Jeder Band dieser Zeitschrift zerfällt in drei selbständige und auch für sich käufliche Abteilungen, in eine romanistische, eine germanistische und eine kanonistische.

Zusendungen für die romanistische Abteilung werden erbeten zu Händen des geschäftsführenden Mitgliedes ihrer Redaktion, des Herrn *Geheimen Rats Professor Dr. Ludwig Mitteis in Leipzig* (Hillerstraße 9).

Zusendungen für die germanistische Abteilung werden erbeten zu Händen des geschäftsführenden Mitgliedes ihrer Redaktion, des Herrn *Geheimen Justizrats Professor D. Dr. Ulrich Stutz in Berlin* (W 50, Kurfürstendamm 241).

Zusendungen für die kanonistische Abteilung werden, soweit es sich um Manuskripte von Abhandlungen und Miscellen handelt, erbeten zu Händen des Herrn *Geheimen Justizrats Professor D. Dr. Ulrich Stutz in Berlin* (W 50, Kurfürstendamm 241); Rezensionsexemplare und Manuskripte von Besprechungen sind dagegen einzusenden an Herrn *Geheimen Regierungsrat Professor D. Dr. Albert Werminghoff in Halle an der Saale* (Ernestusstraße 6).

Zur Sicherung rechtzeitigen Erscheinens der Bände sind die Unterzeichneten, als geschäftsführende Mitglieder der Redaktion, mit der Verlagsbuchhandlung übereingekommen:

Manuskripte für Abhandlungen nur anzunehmen, wenn sie bis spätestens 15. Juli des betreffenden Jahres in ihren Händen sind.

Als späterster Termin für die Einsendung von Miscellen ist der 1. September angesetzt worden.

Ausnahmen zu gestatten behalten sich die Unterzeichneten der Verlagsbuchhandlung gegenüber vor.

Da die Zeitschrift der Savigny-Stiftung in erster Linie die Veröffentlichung selbständiger wissenschaftlicher Abhandlungen zur Aufgabe hat, können die unterzeichneten geschäftsführenden Mitglieder der Redaktion keine Gewähr dafür übernehmen, daß jede der Redaktion zur Besprechung eingessandte Schrift einer Rezension unterzogen werde. Vielmehr können Rezensionen nur nach Maßgabe des jeweils verfügbaren Raums veröffentlicht werden. Doch werden die im Laufe jedes Jahrs eingegangenen, nicht zur Besprechung gelangenden Werke, sofern sie im Buchhandel selbständig erschienen sind, am Schluß jedes Bandes erwähnt werden, und zwar auch dann, wenn die Besprechung für einen späteren Band der Zeitschrift in Aussicht genommen ist.

Ludwig Mitteis. Ulrich Stutz. Albert Werminghoff.

Da in letzter Zeit bei der Germanistischen und bei der Kanonistischen Abteilung der für vorher angemeldete Beiträge bewilligte Raum des öfteren sehr erheblich von den Herren Mitarbeitern überschritten worden ist, sieht sich die Schriftleitung der genannten beiden Abteilungen veranlaßt, bekannt zu geben, daß sie hinfort in solchem Falle, besonders aber, wenn der Umfang eines Beitrages 6 Bogen überschreitet, auch dann keinerlei Verpflichtung zur Aufnahme anzuerkennen in der Lage ist, wenn sie zuvor grundsätzlich eine Arbeit anzunehmen sich bereit erklärt hat. Beschluß vom Juli 1915.

H. Brunner. R. Schröder. U. Stutz. A. Werminghoff.

Um eine unnötige Verteuerung des Bandes zu vermeiden, sind wir genötigt, bei Korrekturänderungen, die einen Zeitaufwand von mehr als 2 Stunden für den Bogen erfordern, die überschreitende Zeit dem Verfasser zu berechnen.

